

LES GARANTIES DE RESTITUTION DE LA DOT EN LANGUEDOC

des invasions barbares à la fin de l'Ancien Régime

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée par

Jean BURGUES

Licencié ès Lettres (lettres pures)
Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier

Président : M. L. GUENOUN, Professeur

Assesseurs } *MM. TISSET, Professeur*
 } *BECQUÉ, Professeur*

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555203_0005

**Les garanties de restitution de la dot
en Languedoc**

des invasions barbares à la fin de l'Ancien Régime

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit international public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit civil.

BECQUÉ, professeur de Droit civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.

BOSC, professeur de Procédure civile.

VIALLETON, professeur de Droit civil.

GUENOUN, professeur de Droit romain.

COURTIN, professeur d'Économie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, professeur de Droit commercial.

ANTONELLI, professeur d'Économie politique.

DELBEZ, professeur de Droit constitutionnel.

TISET, professeur d'Histoire du droit.

LEMERCIER, chargé de cours d'Histoire du droit.

DIJOL, chargé de cours de Droit civil.

VALÉRY, Doyen honoraire.

DONAT, secrétaire.

DUBOIS, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. L. GUENOUN, professeur

Assesseurs { MM. TISSET, professeur
 BECQUÉ, professeur

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES GARANTIES DE RESTITUTION DE LA DOT EN LANGUEDOC

des invasions barbares à la fin de l'Ancien Régime

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée par

Jean BURGUES

Licencié ès Lettres (lettres pures)
Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier

Président : M. L. GUENOUN, Professeur

Assesseurs } *MM. TISSET, Professeur*
 } *BECQUÉ, Professeur*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V*)

1937



INTRODUCTION

Le droit écrit se trouva longtemps mal partagé au regard des historiens et des juristes ; pris entre le droit romain et le droit coutumier il était dans une situation restreinte et un peu équivoque : il n'avait pas pour lui la gloire de la civilisation latine, il n'était pas le droit original de la France naissante. On le confondit longtemps avec la législation justinienne ; la terminologie, les méthodes d'exposition, la langue surtout y prétaient. Et, lorsque l'on étudiait la période médiévale, qui est la grande époque méridionale, c'est vers le droit public que l'on se tournait.

Or, il n'est plus mis en doute par personne aujourd'hui grâce aux travaux de savants parmi lesquels il est légitime de citer, entre autres, M. Meynial, qu'il y avait au Midi de la France un droit privé multiple, mais relativement homogène, par région, dans le temps et dans l'espace. En cherchant la valeur réelle des idées sous les mots on s'aperçoit que ce droit méridional respectait l'extérieur du Digeste plus qu'il n'en suivait les dispositions ou que le mot « fief » avait à Toulouse la signification de tenure roturière.

C'est à un essai de monographie que nous nous sommes attaché en étudiant les garanties de restitution de la dot du VI^e au XVIII^e siècle. Le sujet est encore bien vaste

et nous ne méconnaissions pas les lacunes que notre travail peut présenter, mais les sources sont aussi variées qu'inépuisables et les travaux déjà consacrés à la question sont plus que rares.

Nous avons voulu restreindre notre étude au Languedoc en adoptant cette appellation pour des raisons de commodité, bien qu'elle ne cadre pas toujours avec les ressorts territoriaux, naturels ou administratifs, dans lesquels nous avons situé nos recherches, mais ce choix et cette appellation ne sont pas arbitraires, car jusqu'au XVI^e siècle les deux centres culturels languedociens de Montpellier et de Toulouse, géographiquement à l'opposé l'un de l'autre, ont créé à l'intérieur du pays par leurs zones d'influence respectives une unité juridique relative, d'abord coutumière, puis romanisante, malgré des contrastes indéniables mais exceptionnels en matière de droit féodal : après le XVI^e siècle le Parlement de Toulouse a créé, à l'intérieur de la province de Languedoc et même en dehors de ses limites dans les provinces voisines soumises à sa juridiction, une unité jurisprudentielle à peu près absolue.

Nous avons envisagé la question sous l'angle de l'évolution historique ; cette méthode nous a conduit à diviser notre étude en six chapitres dont trois concernent la période médiévale et trois la période postérieure à la renaissance du droit romain, sans donner de date à cette renaissance, qui a mis un siècle au moins à imprégner les institutions.

Après avoir exposé les tendances matrimoniales du Midi de la France avant les Glossateurs et montré en quoi elles se différenciaient de la législation écrite, nous avons recherché si la protection de la fortune de la femme était

assurée, et comment elle l'était, dans les Coutumes rédigées et dans les documents de la pratique.

Nous avons consacré tout notre troisième chapitre aux sûretés dotales dans la Coutume de Toulouse. Ce monument du droit nous a paru, en effet, mériter une étude spéciale, à cause de son importance et de l'intérêt tout nouveau qu'il porte à la restitution de la dot.

Puis nous avons exposé, en les schématisant, les théories essentielles des interprètes du droit romain et tâché de montrer comment les Glossateurs et les Canonistes ont déformé le droit romain en même temps qu'ils s'en réclamaient.

Dans un cinquième chapitre nous avons essayé de suivre la marche des sûretés dotales vers l'hypothèque, sous la double influence *interne* de l'évolution des techniques juridiques, et *externe* de la renaissance du droit romain.

Pour terminer nous avons présenté la jurisprudence classique du Parlement de Toulouse en insistant tout particulièrement sur le privilège de la loi *Assiduis* et sur ses palliatifs.

* * *

Je m'en voudrais de ne pas exprimer ici la gratitude que je dois à mes maîtres de la Faculté de droit de Montpellier, particulièrement à MM. les Professeurs Guenoun, Tisset et Becqué, qui m'ont dirigé vers ces études et m'ont guidé et conseillé avec une grande bienveillance. Je tiens également à adresser mes remerciements à tous ceux, nombreux, qui ont facilité ma tâche, spécialement à M. H. Richardot, Professeur à la Faculté de Lyon et à M. H. Blaquière, Archiviste adjoint aux Archives départementales de l'Hérault.

CHAPITRE PREMIER

LES TENDANCES MATRIMONIALES DANS LE MIDI DE LA FRANCE AVANT LA RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN

Il nous semble nécessaire, avant de nous engager dans ce travail, d'étudier la période médiévale antérieure à la renaissance du droit romain, qui sans être romaine ne fut pas exclusivement barbare, eut sa vie juridique propre, et de voir dans quelles conditions et dans quel état se présente alors le problème à la fois un et complexe du régime dotal.

Ce problème se situe lui-même dans le cadre de la conservation du droit théodosien, de la chute de l'Empire d'Occident au renouveau de Bologne. Certains auteurs ont cru pouvoir dire que la législation romaine était demeurée étudiée et observée ; d'autres ont soutenu que la loi classique n'a jamais été suivie comme une règle générale jusqu'aux Glossateurs et qu'elle s'est réveillée « à la grande voix d'Irnerius ».

Nous voulons, pour notre part, mettre en lumière dès le début de cette étude une idée qui nous paraît devoir se dégager avant toute autre d'un tel travail : l'hiatus entre les législations écrites et les usages effectifs.

L'ensemble des premières institutions médiévales nous semble avoir été composé de deux éléments, l'un factice, l'autre réel :

1^o Les textes réglementaires et le formulaire des documents de la pratique nous présentent un extérieur à tendances surtout romaines qui, le plus souvent, n'a aucune portée pratique. En ce qui concerne l'application des documents législatifs (Recueils romains, Capitulaires, Ordonnances des premiers Capétiens) nous nous efforcerons de souligner pour le point spécial de notre étude qu'elle fut à peu près inexistante en matière de régime matrimonial (1). Quant aux documents de la pratique, de terminologie généralement romaine, il faut également se garder d'en inférer *a priori* des règles juridiques qui ne seraient que de sérieux anachronismes. Ne suffit-il pas de citer comme exemple les contrats où tel individu déclare se placer sous une loi donnée alors qu'il se soumet dans l'acte à une autre loi (2), ou bien ceux dans lesquels un même personnage invoque simultanément les lois romaine, wisigothique et franque... et parfois les viole toutes les trois (3) ? Pourrait-on tirer argument des actes portant les cascades de renonciations que l'on sait pour dire que telle institution était encore connue et observée, ou qu'elle l'était déjà ?

2^o Mais ce formulaire factice recouvre un système juridique vivant, sociologiquement explicable, motivé par

(1) Les Recueils législatifs des Barbares ne sont d'ailleurs pas plus en harmonie avec le réel que les Recueils romains ; citons le *Code d'Euric*, loi personnelle wisigothique, qui passe sous silence le duel judiciaire ; on sait pourtant combien cette institution eut d'importance et fut considérée avec faveur dans la chrétienté tout entière.

(2) Par exemple les actes dans lesquels un personnage invoque la loi salique pour affirmer la liberté de tester.

(3) Entre autres la donation de Raimundis de l'année 942 (*Histoire de Languedoc*, V, 78).

des considérations géographiques, économiques et même culturelles, qui n'écarte pas les influences mais les agrège et les adapte, et dont les manifestations supérieures sont les usages (4).

Mais ici nous sommes obligé de signaler la contradiction relevée parfois entre la réalité et la Coutume rédigée, qui n'a de sens que lorsqu'elle correspond à un besoin ; dès qu'elle devient trop savante (ce qui signifie le plus souvent trop romaine) elle perd de sa portée pratique.

Ce n'est donc pas la Coutume qui doit servir d'instrument de travail à l'historien, mais la Coutume contrôlée par les documents de la pratique, eux-mêmes épurés. En bien des cas, d'ailleurs, l'hypothèse doit se substituer à l'affirmation, et plus un texte est haut placé dans la hiérarchie juridique, plus sa valeur doit être soigneusement contrôlée dans la mesure du possible.

Réduisons ces idées, qui valent pour toute la première partie de notre étude et que nous aurons bien souvent l'occasion de rappeler, à la question du régime matrimonial des époux.

Nous devrions, à en croire les textes, nous trouver en face d'un régime dotal fixe, tel qu'il est consacré par le *Bréviaire d'Alaric*, puis par le *Petrus* (5). Nous en sommes assez loin, car les mœurs ont évolué, et deux influences se sont fait sentir qui ont fortement imprégné les pays gallo-romains : la domination barbare et la doctrine chrétienne, Or, l'une et l'autre ont tendu vers un régime

(4) On sait la supériorité de la Coutume sur la loi romaine ; nombreuses sont les renonciations faites *omni remedio juris et etiam consuetudinis*.

(5) Voir leur exposé dans Ginouilhac, *Histoire du régime dotal*, p. 124 et 125. Le *Petrus* est un curieux assemblage de dispositions justiniennes (plus encore du droit des Novelles que du Digeste) et d'institutions barbares. Il date probablement des toutes dernières années du XI^e siècle.

associatif contradictoire avec la dotalité individualiste romaine.

Chez les Germains le patrimoine était familial ; il était la propriété collective de la tribu toute entière, le testament était prohibé. Entre les époux les principes d'équité et de réciprocité qui réglaient leurs rapports personnels, réglaient également leurs rapports pécuniaires. Rien d'étonnant à ce que, de la combinaison de ces deux principes, on arrive en droit positif à un régime communautaire. Les lois wisigothiques ne le consacrent formellement que dans les *fueros* ibériques, mais elles le portaient en germe dès l'installation des hommes d'Alaric en Gaule méridionale et en Espagne ; la loi personnelle des Wisigoths (6) partage les acquêts (7) entre les époux proportionnellement à leur fortune personnelle, et si ce droit ne passe pas encore aux héritiers dans le stade septimanien, il sera consacré par la suite (8). L'influence de l'Eglise, de son côté, tend à un résultat identique : le mariage-sacrement est universellement régi par les préceptes de doctrine religieuse d'indissolubilité du mariage (9), d'égalité devant Dieu des deux conjoints et d'autorité du mari chef de la vie commune. Tout cet

(6) Lois Wisigothiques, 4, 2, 15, 16, et 5, 2, 3, 4. *Code Euric*, 325. Pour la réglementation carolingienne citons le Capitulaire de Louis le Pieux sur les conquêts (*pariter conquistis in conjugio*).

(7) *Augmenta vel profligationes*.

(8) Nous renvoyons le lecteur à l'étude très détaillée qu'a consacrée à la question de *La société d'acquêts entre époux dans les lois wisigothiques*, Brissaud in *Mélanges Couture*, 1901.

(9) On peut en effet fixer au IX^e siècle (intervention de Nicolas I^{er} pour empêcher le divorce de Lothaire) l'époque vers laquelle le mariage fut à peu près universellement considéré comme indissoluble. Toutefois la doctrine définitive de l'Eglise telle qu'elle est formulée par Gratien (C. 32 q. 7 X, *de divortio*) et les Décrétales se ressent encore d'une longue tradition où le divorce était permis. Ce n'est en fait qu'avec Alexandre III (1159-1181) et Innocent III (1198-1216) que le droit de dispense des empêchements de mariage est réservé au Siège romain. Voir Dauvilliers, *Le mariage dans la doctrine classique de l'Eglise*. 

ensemble (10) devait entraîner des dispositions de vie contraires à celles du droit romain. Ce double élément d'unité allait provoquer au Midi des institutions assez rapprochées de celles que l'on trouve au Nord de la Loire et différentes de celles du *Petrus*.

Laissons de côté, pour le moment, les dispositions relatives aux garanties de restitution de la dot et bornons-nous à comparer les résultats de la pratique aux données de la législation :

I. — Au principe d'indépendance des époux romains nous trouvons substitué le principe nouveau de solidarité des deux époux sous l'autorité morale du mari.

Cette autorité, d'ailleurs, n'a presque plus rien de commun avec le *mundium* germanique. Elle est la conséquence de la règle chrétienne que l'homme est le chef de l'association conjugale ; mais il y a lieu de rechercher jusqu'où va cette subordination juridique de la femme vis-à-vis de son mari et de voir si la solidarité du ménage, qui l'accompagne, ne la réduit pas à néant. Il est de tradition d'envisager cette subordination quant aux biens et quant aux actes.

1° Quant aux biens, la tendance générale des Coutumes (11) paraît avoir été l'affectation du patri-

(10) Remarquablement exposé dans la *Lettre à Ecdicia* et dans le *Traité de Adulterinis conjugis*, de saint Augustin.

(11) Toulouse, 87 : *Usus est et consuetudo quod quidquid habet uxor vel acquirit constante matrimonio dicitur et intelligitur esse mariti (exceptis paraphernalibus)*.

— Montpellier, Red. 1205, 5 *Omnis mulier, puella vel vidua potest omnia bona sua dare in dotem tam primo quam secundo viro, licet infantes habuerit*.

(Nos références à la Coutume de Montpellier s'entendent à l'ouvrage de Giraud et non au *Petit Thalamus* ; nous avons pensé, en effet, qu'il serait plus facile de se procurer et de consulter le premier que le second).

— Fors de Béarn, 257 : *Marit e molher no han ren partit e lo marit l'ac pot prener com se vol*. Au XVI^e siècle cette pratique est consacrée par la Coutume d'Auvergne (XIV, 8) et devient la règle du Parlement de Bordeaux (contrà : Parlement de Toulouse).

moine intégral de la femme (12) à la communauté conjugale. Il reste à voir s'il s'agit bien d'une affectation intégrale pour étudier ensuite si elle s'effectue entre les mains du mari.

Or — a) La plupart des Coutumes n'imposent pas à la femme l'obligation de transférer à son mari la totalité de ses biens, elle peut se réserver des paraphernaux (13). La Coutume de Toulouse le dit expressément ; on objecte que les mots *exceptis paraphernalibus* ont été l'adjonction d'une disposition nouvelle à un texte ancien, mais rien ne prouve que cette adjonction ait été la conséquence de l'apparition d'une donnée juridique nouvelle. Il est possible que les mots — nouveaux — aient été transcrits alors que l'idée existait déjà.

b) Lorsque ce transfert se produit, le mari est saisi non en vertu d'un *mundium* marital, mais par l'effet de la constitution dotale, c'est-à-dire par la volonté de la future épouse (14).

c) L'absence de propres de la femme apparaît plutôt comme une institution successorale à caractère féodal et aristocratique que comme une disposition de droit civil consacrant une incapacité.

La fille dotée est exclue de la succession familiale, expliquent des Statuts de Provence, *per conservacion de las maisons tant noblas que autras* (15). Cette règle est appliquée à Bordeaux, en Auvergne, à Toulouse, à Narbonne, à Montpellier, à Saint-Gilles, à Salon-de-Provence (16).

(12) Improprement qualifié de dotalité universelle.

(13) Par exemple : Montpellier : ... *omnis mulier potest dare in dotem*...

(14) Ou du constituant (père, frère, parent) ; mais elle est alors associée à l'acte comme co-donataire.

(15) I, p. 433 et suivantes.

(16) Bordeaux, 67 et 69 ; Auvergne, XII, 25 ; Toulouse, 117 ; Nobles de

2° Mais la subordination de la femme ne s'exerce pas quant aux actes ; donc, alors même qu'il y aurait une dot universelle, la femme continuerait à être associée à la vie conjugale.

En effet, la notion chrétienne d'autorité maritale qui s'étend aux actes de la femme mariée, doit être entendue dans le sens d'égalité des sexes, le mari jouant seulement le rôle de protecteur et de conseil. A s'en tenir à l'esprit du régime dotal et à sa théorie, il ne devrait y avoir aucune collaboration entre les époux et presque aucune personnalité juridique chez la femme. Mais la réalité est bien différente : il suffit de parcourir un Cartulaire quelconque pour se rendre compte que dans la quasi-totalité des cas les deux époux interviennent ensemble (17). Il suffit d'ouvrir un recueil de Chartes de Ville pour voir que les époux sont égaux en droit pour les aliénations, les constitutions de droits réels ou de droits de créance.

La confusion des droits réciproques des conjoints est si grande que le plus souvent il est impossible de préciser l'origine et la nature du bien dont il s'agit. En matière d'aliénation l'acte se borne, la plupart du temps, à parler d'un droit commun aux époux ; il dit alors : *nostra hereditas, quod visi sumus possidere* ; quand il parle de l'origine du bien il emploie une personne du pluriel : *compravit de Stephano Rostol et de sua uxore, Florentia,*

Narbonne, in *Histoire de Languedoc*, VIII, 299, 14° ; Montpellier, 12 et 58 ; Salon in Giraud, II, p. 248 ; Saint-Gilles, I, 29. Pour la région montpelliéraine voir le testament de Guilhem VII (1172) in *Histoire de Languedoc*, VIII, 14.

(17) Ils ne sont d'ailleurs pas les seuls à intervenir ; on fait également figurer tous les membres de la famille vivants ou à naître, même tous ceux qui, comme le conjoint, ont sur le bien un droit de copropriété. Notons que le concours des frères et sœurs paraît surtout avoir été exigé lorsqu'il s'agissait d'un héritage (*allodis* ou *allodium*).

totam illam terram quam tenebant in allodio de Montmalger et habuerunt inde XII solidos (18).

Les actes dans lesquels les parties indiquent à qui est le bien se trouvent tout de même parfois. Lorsqu'il en est ainsi, l'autre conjoint figure au contrat : citons le cas :

— d'une aliénation d'un propre du mari : *Ego Odo, vicecomes, dono, consentiente uxore mea Chimberga, aliquid de alode meo...* (19);

— d'une aliénation d'un propre du mari compris dans le *sponsalitium*, avec remploi : *Ego, Rostanus Ugonis et uxor mea Galbors et filii et filie nostre donamus et vendimus aliquid de alode nostro. Et ego Rostanus Ugonis dedi uxori mee unum mansum quem tenebat Rostanus Bernardi, propterea quia in sponsalitium dederam omnem medietatem alodis mei ...*(20);

— de la mise en gage d'un bien de la femme qui doit être probablement dotal puisqu'il s'agit de la région toulousaine : *Ego Poncia et infantes mei et vir meus Petrus mittimus in pignore Deo et S^o Saturnino medietatem de omnibus expletis honoribus qui pro suo genere Poncie advenit ...* (21);

— de l'aliénation d'un bien de la femme dont il est dit expressément qu'il est propre, avec remploi : *Ego Willelmus Poncii et uxor mea Guinardis, donamus et vendimus aliquid de alode nostro. Ego autem Willelmus*

(18) Cartulaire de Saint-Sernin, 33, non daté. Cf. Cartulaire d'Aniane, 290 14 mars 815 : *Ego Aiglubert et uxor mea Deda, ad jam supradicto monasterio sive ad rectoris ipsius presentibus et futuris tradimus atque donamus res nostras in territorio Biterensi.*

(19) *Histoire de Languedoc*, V, 159 an 1000.

(20) Cartulaire d'Aniane, 271, 10 février 1075 ; Cf. Cartulaire de Gellone, 184, année 1107 et 340, année 1126.

(21) Cartulaire de Saint-Sernin, 248, vers 1125. Comparez la donation d'un bien dotal : *Ego Petrus et uxor mea, Guidburga... donamus totum illum alodem... quantum ego Petrus in die nuptiali accepi* (Cartulaire de Gellone, 40, année 1031).

Poncii dedi uxori mee, cui proprius erat alodis, cum cambacionem mansum de Vilatela... (22);

— d'une aliénation de propres de la femme sans charge de remploi : *Ramundus Sancius et ejus uxor, Sobirana, filia Geraldi Desmerii vendiderunt... omnem medietatem totius illius decime quod unquam Geraldus Desmerius habuit... Et totum hoc fuit factum consilio et voluntate Bone, filie dicti ejusdem Geraldi Desmerii sororis Sobirane que hoc auctorizavit et laudavit... (23).*

Nous trouvons de même, accomplies par les époux conjointement, des transactions (24), des renonciations à des droits ou à leur exercice (25) des quittances, des actions en justice, etc...

A côté de ces actes, il en existe enfin d'autres, quoique rares, dans lesquels la femme mariée agit seule (26). Citons l'aliénation d'un propre : *Notum sit omnibus quod Geralda uxor Ramundi de Murel libere et absolute donavit et dimisit Deo quidquid juste vel injuste habebat vel habere debebat in condamina illa que dicitur Corinellas (27).* Citons également la reconnaissance d'une donation, faite par Garsinde femme de Guilhem de Madères (28).

II. — Au régime romain type nous trouvons substitué un régime de communauté d'intérêts avec des catégories

(22) Cartulaire d'Aniane, 271, déjà cité. Le remploi est effectué par le mari pour que la femme consente à l'aliénation.

(23) Cartulaire de Saint-Sernin, 55, mars 1171.

(24) Cartulaire de Saint-Sernin, 27, non daté.

(25) Cartulaire de Saint-Sernin, 239, mai 1127.

(26) Sans parler des cas où ce droit lui est reconnu dans des situations spéciales : femme exerçant un commerce (Toulouse, art. 67) et — au moins à Marseille, mais le détail vaut d'être noté — au cas d'absence du mari, sur simple déclaration de la femme devant le magistrat (Registre du juge du Palais de Marseille, 431, cité par Bonnecorse de Lubières, *La condition des gens mariés en Provence aux XIV, XV et XVI^e siècles*).

(27) Cartulaire de Saint-Sernin, 67, année 1136.

(28) Cartulaire d'Aniane, 3 août 1183.

théoriques de biens qui prennent une certaine valeur pratique à la dissolution du mariage.

Les époux agissent comme obéissant à l'idée que mari et femme ne font qu'un et que leurs biens ne font qu'un bloc. Il y a pourtant dans le patrimoine familial plusieurs variétés de biens qui correspondent aux cinq catégories suivantes :

1^o *Les conquêts meubles et immeubles*, gérés par les deux époux, et qui, au cas de prédécès du mari passeront en partie à la femme, et au cas de prédécès de la femme passeront à ses héritiers en partie et en nue-propriété.

Cette situation est formellement envisagée par la Coutume de Toulouse (article 92) pour les conquêts immobiliers : *Item est usus et consuetudo Tholose quod si quis cum uxore sua insimul lucratus fuerit aliquam domum et ipsa decessit ipso superstite, et post mortem illius mulieris propinquiores sui, si decessit intestata, vel si fecit testamentum, illi quibus ipsius mulieris debent evenire pro eodem testamento, statim post decessum ipsius mulieris petunt medietatem illius domus et vir dicit quod non debent illam habere cum testamento vel sine testamento, quia ipse collegit eam per mediam acquisitionem in illa domo et ideo consuetudine Tholose, cum fides sit quod vir persolvit totum precium, debet habere et tenere in tota vita sua ; post decessum vero ipsius, mulieris remaneat heredibus suis secundum testamentum, si fecit, si non fecit, propinquioribus.*

Cette disposition de la Coutume, contrairement à d'autres, n'est pas restée lettre morte et les *Preuves de l'Histoire de Languedoc* nous rapportent un litige devant la Cour Jurée du mois de mai 1189 (c'est dire qu'en la matière le principe était en vigueur bien avant la rédac-

tion de la Coutume) entre le Toulousain Jocator et la fille de sa femme Esclarmonde (29).

La Coutume de Narbonne semble avoir adopté une solution identique, ainsi qu'en témoignent les deux contrats cités par Lefebvre (30), datés de septembre 1180 et de juillet 1182, dans lesquels il est dit : *Et dono tibi uxori mee in omnibus lucris que deinceps tecum adquiesero tuam plenissimam portionem, secundum consuetudinis Narbonensi Patrie* (31).

2° *Des propres du mari*, sur lesquels la femme possède, par le jeu du principe de communauté d'intérêts, un droit de co-administration.

3° *Des propres de la femme*. Ils semblent être particulièrement difficiles à isoler des autres biens du ménage. Nous avons relevé dans les deux grands Cartulaires languedociens d'Aniane et de Gellone, deux contrats qui paraissent pouvoir permettre de dire que nous sommes en présence des propres immobiliers de la femme. L'un (32), celui par lequel Guinardis et son mari Guilhem Pons aliènent un bien de la femme, dit en parlant du fonds aliéné : ... *uxori, cui proprius erat alodis* ; le mari donne un de ses propres en remploi. Il est permis de supposer que, du fait de ce remploi, les héritiers de la femme, sinon elle-même, n'auront rien perdu à l'aliénation.

L'autre contrat (33), est plus explicite : il exige pour l'aliénation du bien le concours de la sœur de la femme. Il faut en conclure que sur l'immeuble s'était

(29) *Histoire de Languedoc*, VIII, 65.

(30) Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'Histoire du droit matrimonial français*, IV (*Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et en Normandie*, p. 24).

(31) Cf. pour la région provençale le très curieux contrat cité par Ruffi, *Histoire de Marseille*, I, p. 483.

(32) Ci-dessus, note 22.

(33) Ci-dessus, note 23.

conservé un droit de copropriété familiale par le fait duquel, au cas de prédécès de la femme, ses enfants auraient concouru avec leurs oncles maternels et les descendants de ceux-ci. On comprend dès lors l'utilité du remploi.

4° Une *dos ex marito* qui porte le plus souvent le nom de *sponsalitium* mais qui s'appelle aussi *donatio ante* ou *propter nuptias* (34) *dotalicium*, *osculum* (surtout en Provence) ou *dos*. Le *sponsalitium* est constitué généralement par le fiancé, parfois par ses parents. La totalité des contrats connus présente un *sponsalitium*, alors que beaucoup ne font pas mention parallèlement d'une dot. On perçoit encore les données germaniques du *Morgengabe* : la donation prénuptiale ne correspond pas à la dot, elle en est indépendante dans son existence, comme dans son montant (35), elle est seulement en rapport avec la fortune du mari dont elle ne représente, dans la plupart des cas, qu'une quote-part, en général la moitié (36).

Quelle est la nature juridique du *sponsalitium* ?

Il se présente, semble-t-il, comme un bien ou comme une catégorie patrimoniale dont le mari est et demeure

(34) Le contrat de mariage entre Metilline et Arnaud de Béziers, du 19 décembre 1105 (*Histoire de Languedoc*, V, 422) est le premier contrat connu qui emploie la forme *donatio*. A partir de la seconde moitié du XII^e siècle, on voit apparaître dans les actes les mots *donatio propter nuptias*. Ce vocable est employé dans la Coutume de Toulouse (art. 113) mais dans la formule *agenciamentum seu donatio propter nuptias*. On trouve, d'ailleurs, dans le même chapitre les mots *dotalicium* (art. 119) et *augmentum* (art. 120) qui se ressent de l'influence justinienne et qui finira par triompher avec le mot français *augment*.

(35) Voir toutefois le contrat de Gerald Amic et de Galburgis qui suit la règle romaine : *ita ut dos et donatio in quantitate et in pactis equis passibus ambulent* » (*Histoire de Languedoc*, V, 591, non daté. Voir au contraire VIII, 8, année 1171).

(36) Voir par exemple : Cartulaire d'Aniane, 271 déjà cité ; *quia in sponsalio dederam omnem medietatem alodis mei*, Cartulaire de Gellone, 184, année 1107. *Histoire de Languedoc*, V, 576, 7 février 1149.

propriétaire, sur lequel la femme a, en plus du droit de co-administratrice qui lui est reconnu par l'ensemble des biens du ménage, un droit réel éventuel.

Au cas de prédécès du mari, en effet, elle devient usufruitière des biens compris dans la *donatio* et les conserve sa vie durant (37). Cette situation est réglée par la clause quasi de style des contrats de mariage : *hec omnia superius nominata, dum vivi fuerimus, insimul habeamus et teneamus et si me supervixeris, habeas et teneas et utaris-fruaris in vita tua et post mortem tuam ad infantem vel infantes, si quos communes habuerimus, revertatur, sin autem ad meos propinquos* (38).

Lorsque cette clause n'est pas inscrite (c'est là le cas le plus rare, mais que l'on trouve parfois) le mari, par une clause encore plus favorable à sa femme, lui reconnaît un droit intégral de propriété à la dissolution du mariage, s'il n'existe pas d'enfants communs (39). Ces deux éventualités sont, d'ailleurs, admises au XIV^e siècle par une Ordonnance de Jean II donnée aux habitants de la Sénéchaussée de Beaucaire (40).

(37) Les institutions méridionales se rapprochent par là de celles du V^e siècle de Rome. La *donatio ante nuptias*, surtout dans l'Empire d'Occident, avait pour but de rétablir l'harmonie pécuniaire des époux que l'apport dotal, unilatéral, avait rompue ; l'apport du mari était alors plus un gain de survie qu'un augment de dot (voir Cornil, *Manuel de droit romain*, p. 594).

D'autre part, le *sponsalitium* en droit écrit, doit passer à la femme en propriété à la dissolution du mariage, mais à charge de le conserver aux enfants. Ce caractère le rapproche du douaire coutumier.

(38) Par exemple, contrat de Tiburge d'Omélas (ou de Montpellier) et d'Aymard de Murviel (*Histoire de Languedoc*, VIII, 576, année 1149).

(39) Voir le contrat entre Bertrand de Toulouse et Hélène de Bourgogne (*Histoire de Languedoc*, V, 389, année 1095) dans lequel la donation est — ou du moins paraît être — immense : le mari apporte en *sponsalitium* les comtés et villes de Rodez, Viviers, Avignon et Digne : la femme de son côté n'apporte rien.

(40) Ordonnance de décembre 1350 donnée à Villeneuve d'Avignon par Jean II (ou peut-être par Jean I^{er}) : *Item si quis aliquem ducat in uxorem et cum ea M solidos acceperit pro dote et ipse det uxori sue propter nuptias L solidos et hoc secundum magis et minus jñisi aliud pactum inter-*

5° *Un apport de la femme (dos ex uxore)*(41). Il est certain que le mot *dos* s'est conservé, bien qu'il ait été souvent employé sans que l'on en comprit le sens ; mais il ne faudrait pas prétendre qu'était toujours et partout exacte la formule reproduite dans deux actes de l'*Histoire de Languedoc* : *Legalis est ordo et antiqua consuetudo et etiam de jure teneatur secundum institutiones antiquorum ut conjugium cum dote vel donatione semper fiat* (42). Il est trop facile de crier à « la vieille souche romaine d'où repartira à l'instar d'un rejeton renouvelé le droit matrimonial de Justinien ». Remarquons d'abord que cette formule ne signifie pas que le mariage a toujours lieu avec une constitution de dot (43) mais qu'il a lieu avec elle ou bien avec une constitution de *sponsalitium*. On ne comprend pas, du reste, comment il peut y avoir une alternative entre ces deux éventualités, car l'une est le complément de l'autre et ne l'exclut pas. Et un système bien équilibré, celui du Bas-Empire dès Majorien, ou de la France méridionale à partir du XIV^e siècle par exemple, les organise systématiquement toutes deux. En tous cas, qu'ils renferment *sponsalitium* et *dos*, ou le premier seulement, les contrats de mariage au Moyen Age sont

venerit inter ipsos et si maritus supervixerit nec de uxore infantem habeat, tota vita sua tenebit totam donationem et post mortem suam parentes uxoris vel heredes dotem illam recuperabunt ; nisi imperpetuum et irrevocabiliter dederit marito : sed si infantem habeat ipsa mulier et supervixerit marito ipsa recuperabit dotem suam et donationem propter nuptias : qua mortua, infantes, quos a marito habuit, donationem propter nuptias rehabebunt, vel ille quem maritus in testamento suo duxerit ordinandum. Ordonnances des Rois de France, IV, p. 21.

(41) On trouve également les termes de *hereditas*. (Cf. ci-dessous note 55) et de *exovar* à Foix (*Histoire de Languedoc*, VIII, 298, 1°) et Barcelone (Du Cange, *hoc verb.*).

(42) *Histoire de Languedoc*, VIII, 119, 1°, année 1199 et 237, année 1224.

(43) Le *Petrus* n'exige de dot que pour les mariages des personnes de qualité, comtes, ducs et rois. Pour les individus d'un rang moyen, et *a fortiori* pour ceux qui sont au bas de l'échelle sociale (et qui sont la majorité)... *sufficit solus consensus viri et mulieris in contrahendis nuptiis.* *Exc. Pet.*, I, 30.

rares, et rares également les actes qui se réfèrent à des situations matrimoniales. Dans l'ensemble des Preuves de droit civil de l'*Histoire de Languedoc*, ils sont en nombre réduit. Quant aux Cartulaires, à côté de multitudes d'aliénations, de donations, de testaments, on trouve une quantité infime d'actes faisant allusion à des faits ou à des droits dotaux : le mot de *sponsalitium* se trouve cinq fois dans le Cartulaire d'Aniane, cinq fois dans le Cartulaire de Gellone, alors que le mot (ou l'idée) de bien dotal ne figure pas dans le premier, et deux fois seulement dans le second. Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la faiblesse de cette proportion pour dire que la dot romaine était aussi inconnue au Midi qu'au Nord de la Loire, car la notion d'un patrimoine de la femme apporté au mari pour participer aux charges du ménage et restituable ne s'est pas entièrement perdue. Il reste seulement à préciser quels sont ses caractères et en quelle mesure ils sont demeurés romains.

En ce qui concerne les dots immobilières, si l'on conserve à ce mot son sens ancien, il faut dire qu'elles sont l'infime minorité et qu'elles n'existent pratiquement pas jusqu'à la fin du XIII^e siècle. En effet, les deux conceptions classiques de propriété du mari et d'inaliénabilité ont disparu. Le Midi répugne, dès le début, à considérer le mari comme *dominus dotis*. Il a continué l'évolution commencée à Rome à partir des grands jurisconsultes, si bien qu'au XIV^e siècle les Glossateurs eux-mêmes, malgré leur respect de la *Lex*, reconnaîtront que le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux (44). L'apport

(44) Cette évolution trouvera la consécration de son aboutissement dans la Coutume d'Auvergne, Masuer, *Pract. For.*, XIV, 22 : « Et il faut remarquer que le mari, et non la femme, peut vendiquer la chose dotale ; mais aujourd'hui on observe le contraire et il faut que tous deux y inter-

immobilier de la femme est, de plus, aliénable au regard des deux conjoints ou de chacun d'entre eux avec le consentement de l'autre. Les Coutumes rédigées traduisent cet état du droit avec des variantes que l'on peut ramener à trois types :

— L'aliénabilité pure et simple, où le concours des deux époux est nécessaire et suffisant.

A cette variété appartient la Coutume de Toulouse (45) qui paraît, d'ailleurs, avoir été la seule à statuer dans ce sens : *Dicti conjuges vel alter eorum de consilio, voluntate et assensu alterius possunt, si voluerint, vendere et alienare dictos honores seu fundos et tales alienationes seu venditiones valent et obtinent firmitatem, quamvis predicti honores seu fundi venditi dotalessint.*

— Un deuxième type de Coutumes adopte le principe de l'aliénabilité par les deux conjoints, mais en entourant leur concours de garanties morales, soit en exigeant de la femme la prestation du serment de ne pas attaquer l'aliénation, ainsi que cela se pratiquait à Salon (46), soit en exigeant la ratification de l'aliénation par les proches de la femme, comme dans la Coutume de Montpellier (47).

— Un troisième type enfin ne se contente pas de

viennent, le mari pour le regard de l'usufruit et la femme à cause de la propriété ».

(45) Art. 103. C'était déjà le régime de la loi *Julia* et du Code Théodosien pour les immeubles non situés en terre italique.

(46) *In Giraud, op. cit.*, II, p. 254.

(47) Red. de 1205, article 14.

Nous avons trouvé dans le Cartulaire de Gellone, année 1205, acte n° 567 une application de cette disposition de la Coutume l'année même de sa rédaction : le mari est mort ; la femme, dans l'intérêt de ses enfants mineurs, réalise un immeuble dotal. L'aliénation est effectuée par la mère et rempli toutes les conditions exigées par le *Petit Thalamus*, le consentement de tous les amis des enfants, de la femme elle-même et des parents, la ratification écrite par le parent le plus proche (en l'occurrence un enfant d'un premier lit) enfin le motif de la vente : *nec erat in bonis uti commodius solvi possent et ideo placuit omnibus amicis ut venditio celebraretur.*

garanties morales et organise des garanties matérielles ; il impose aux époux l'obligation de remployer les deniers résultant de l'aliénation. Cette pratique du remploi, qui est la plus juridique et la plus romaine, est développée dans le *Petrus* (48) : *Non potest eam* (la dot mobilière) *alienare maritus sine consensu uxoris nec sufficit solus consensus sed opus est ut post biennium alienationem uxor confirmet et de aliis rebus mariti recompensationem habeat*. Elle semble avoir été surtout connue dans les villes du Sud-Ouest (49) et sera, après les Glossateurs, un des aspects essentiels du régime dotal auvergnat (50).

Cette règle universellement admise en pays de droit écrit que la dot est aliénable n'empêche d'ailleurs pas les femmes, dès l'apparition des premières renonciations, c'est-à-dire vers 1180 environ, de renoncer *omni remedio juris et etiam consuetudinis de fundo dotali et specialiter legi Julia* alors qu'une telle clause se comprend peu (51).

Quelle pouvait être la sanction d'une vente consentie par le mari seul ou par la femme seule ?

Il est bien difficile de répondre à cette question, du fait de la rareté des documents. Signalons pourtant un jugement très curieux rapporté dans les *Preuves de*

(48) *Ex. Pet.*, I, 34. La confirmation *post biennium* est une des exigences de la *Nov.* 61.

(49) Ancienne Cout. Bordeaux, article 141 ; Fors de Béarn, articles 252, 264.

(50) Auvergne, 3 et 4. *Pract. For.*, XIV, 12 « Le mari ni la femme ne peuvent aliéner les choses dotaies si la femme n'est premièrement récompensée sur les biens du mari de choses de pareilles valeurs ».

(51) Voir Cartulaire d'Aniane (10) l'aliénation consentie par Adélaïs en 1203. La vendeuse y déclare : *Ita quod si jure vel racione vel etiam consuetudine contravenire possim, non faciam*. Cf. la renonciation d'Irodine comtesse de Rodez : *e jur vos sobre los sants Evangelis tocats, que en tot aisi o tenga cum desobre es dit, e encontre no venga per deguna dreitura escriuta o non escritura, anz renunci ecientalment legi Julia de fundo dotali*, *Histoire de Languedoc*, VIII, 140, année 1208.

l'Histoire de Nîmes (52) duquel il paraît résulter que l'aliénation non conforme aux règles de la Coutume n'était pas rétroactivement anéantie : Guillemette vient réclamer à son mari Guilhem un certain nombre d'immeubles et de fonds de terre situés à Nîmes et que celui-ci a aliénés. Malheureusement, la sentence n'est pas rapportée dans l'acte car les époux se sont mis d'accord en présence du juge.

On voit mal dans ces conditions ce qui peut caractériser la dot immobilière si on l'envisage seulement comme une institution matrimoniale. Elle s'isole difficilement en fait et en droit de l'ensemble du patrimoine commun aux époux et des propres de la femme, pour lesquels le remploi peut également exister (53). La dot immobilière au Moyen Age nous semble être surtout une institution successorale qui délimite un double forfait de droits à cause de mort, d'abord entre la femme et sa famille, qui l'écarte ainsi de la succession, entre la femme et son mari ensuite : la dot représente alors la masse de calcul et d'exercice de l'usufruit du mari survivant (54), elle se

(52) Ménard, *Histoire de Nîmes*, I, p. 59.

(53) Cf. *supra*, p. 15.

(54) Le mari n'est plus tenu à restitution immédiate comme dans le droit de Justinien, il conserve la dot sa vie durant. *Ex. Pet.*, I, 33 : *Si quis uxorem duxerit et dotem ab ea acceperit ea defuncta, si quidem nullos ex ea habuerit liberos, integro jure dotem retineat, id est usum fructum et dominium nisi sub pacto reddendi parentibus... dotem acceperit. Si autem ex ea filios habuerit, solum usum fructum habeat; liberi autem, ex eo matrimonio nati, proprietatem, sive ad secundas transierit nuptias, sive non. Sed tamen plus habebit si non transeat ad secundas nuptias, quia totum usum fructum habebit, ut prediximus et super usum fructum talem partem de proprietate qualem unus liberorum; quod non habebit, si aliam duxerit uxorem, nisi solum usum fructum dotis. Propter nuptias vero donatio, defuncta uxore, in patrimonio revertitur mariti et inter alias res ejus computatur. Quod diximus de dote et propter nuptias donatione in persona viri, uxore defuncta eadem intelligitur de donatione propter nuptias et dote in persona mulieris, viro defuncto. La Coutume de Montpellier (art. 118) consacre cette disposition du Petrus: *Res immobiles que in dotem viro traduntur si premoriatur uxorem, vir debet uti et tenere in tota vita sua, nisi pactum in contrarium reclamaverit. A Béziers la clause d'usufruit paraît être plutôt contractuelle, voir Histoire de Languedoc, V, 475.**

rapproche ainsi du *sponsalitium* et confirme la tendance médiévale vers un régime de communauté entre époux.

Si la dot immobilière a perdu son caractère romain, il n'en est pas de même de la dot constituée en meubles, ou plus exactement de la dot pécuniaire : celle-ci figure d'abord dans presque tous les contrats que nous possédons. Rien d'étonnant, d'ailleurs, puisque les actes que nous trouvons édités dans l'*Histoire de Languedoc*, sont ceux passés par des personnes de qualité, et l'institution d'une dot en argent tient au fait que le Midi avait un souci nobiliaire plus grand que le Nord.

Si la somme apportée par la femme *pro dote* quoique suffisante pour l'usage juridique qui la motive, n'est pas suffisante pour créer à la femme une situation successorale en rapport avec la fortune de sa famille, on lui consacre, ou elle se consacre elle-même, par contrat une autre somme dite *pro hereditate*. La raison d'une distinction entre la dot et l'*hereditas* est la suivante : l'une et l'autre sont transférées au mari en propriété ; mais alors que la première sera parfois abandonnée définitivement au mari, la seconde fera toujours l'objet d'une restitution : soit immédiate, sous forme de remploi, soit médiate, à la dissolution du mariage. En d'autres termes, l'*hereditas* ne sera jamais une somme d'argent paraphernale, elle sera ou bien un meuble dotal, ou bien un propre immobilier (55).

(55) Le contrat le plus typique et qui permet le mieux d'analyser et de comparer *dos* mobilière et *hereditas* est le contrat de mariage de Garsinde et de Raymond de Fontjoncouse cité ci-dessus note 30 : *Ego igitur Garsendis dono tibi, Raimundo de Fontjoncosa, marito meo, cum consilio matris mea (sic) Anglese et avunculorum meorum... pro mea dote et hereditate M et CCC solidorum melgoriensium bonorum et bene percurribilium, scilicet D C L solidos melgorienses pro mobile ad tuam omnem voluntatem faciendam et alios D C L solidos pro mea hereditate. De plus Garsinde apporte omnia jura sua honoris et averi quecunque modo habet vel*

La dot mobilière a conservé ses caractéristiques romaines ; elle est abandonnée au mari en pleine propriété *ad tuam plenissimam voluntatem faciendam*, pour servir *ad onera matrimonii* ; celui qui la reçoit peut en disposer à son gré, sans rendre compte de l'emploi des deniers ; il peut être parfois tenu de la restituer, à la dissolution du mariage, à la femme, à ses héritiers, au donateur (56) ; parfois aussi la restitution n'est pas prévue ; mais dans ce cas la femme n'a pas à se plaindre car elle reçoit de son côté un *sponsalitium* au moins égal.

habere debet ex parte patris vel matris vel aliorum, pro sua hereditate et de cette *hereditas* les deux époux jouiront leur vie durant (Comparer également les apports *pro avere* et *pro hereditate* dans la constitution de dot d'avril 1152. Cartulaire de l'Evêché d'Agde. Bib. Nat. ms. lat. 9999, f° 66).

En d'autres termes le contrat de Garsinde et de Raymond de Fontjoncouse prévoit trois catégories de biens de la femme : une dot abandonnée au mari définitivement, une *hereditas* pécuniaire, une *hereditas* incorporelle (*jura*) dont les fruits seront des acquêts communs. La différence entre la dot et l'*hereditas* apparaît, dans la suite du contrat, avec la clause de restitution ; le mari apporte une *donatio propter nuptias* de 1500 sous de Melgueil qu'il s'engage à convertir en immeubles (*dare in honore*, cf. ci-dessous chap. 2, note 31) *cum aliis D C L solidis melgoriensibus quos tecum accepi pro hereditate*. Jusqu'à cet emploi (deux années à dater de Pâques prochaine) ces 650 sous, transférés au mari, seront noyés dans le patrimoine pécuniaire de celui-ci ; après lui l'*hereditas* sera un *allodium uxoris*.

Dans le contrat d'Esclarmonde de Foix et de Raymond de Cardonne (*Histoire de Languedoc*, VIII, 298, 1^{er} février 1231) la même somme joue à l'égard de la femme le rôle d'une *hereditas* et à l'égard du mari le rôle d'une dot ; elle est donc abandonnée au mari sa vie durant, et restituable à la dissolution du mariage. On peut dire que toute dot mobilière qui représente la part successorale de la fiancée (ce qui est le droit commun) et que le mari rendra est une *hereditas*. Enfin, dans le contrat de Rostaing de Posquières et d'Ermessinde (*Histoire de Languedoc*, V, 475, année 1121) le mot *hereditas* s'applique à l'apport immobilier de la femme et représente ses propres.

Du Cange, au mot *hereditas*, renvoie au mot *hereditagium*, qu'il explique dans son second sens par *possessio, proprium, bona immobilia*... et cite des exemples dans lesquels «*videntur et mobilia opponi hereditagiis*». Ces quelques remarques nous semblent confirmer notre interprétation d'après laquelle la dot (et surtout la dot immobilière) n'aurait été qu'une institution successorale.

(56) Contrat entre Guilhemette de Montpellier et Bernard de Melgueil de l'année 1120 (*Histoire de Languedoc*, V, 472) : ... *in tali vero convenientia qua si tu, Bernarde comes, filiam meam supervixeris et infantem ex ea non habueris, istos VII M solidos in vita tua teneas et post mortem tuam ad me Guillelmum, si vivus fuero, revertantur, vel ad ipsum infantem meum qui tunc Montempessulanum habebit ; sed si filia mea te supervixerit et infantem de te non habuerit, isti VII M solidi filie mee in integrum reddantur.*

Le mari a donc seul qualité pour administrer, aliéner, voire dilapider la dot mobilière. Les Glossateurs, très cohérents dans leur doctrine dotale, tentèrent de proclamer le droit de propriété de la femme sur cette dot et d'exiger son concours aux actes qui la concernent : Cynus, Bartole essayèrent même d'accorder à la femme une *reivindicatio mobilis*. Mais on comprit difficilement un tel système pour des choses fongibles ou de peu de valeur, de telle sorte qu'on abandonna rapidement cette protection de la femme et la jurisprudence moderne du Parlement de Toulouse consacre le principe de l'aliénabilité de la dot mobilière au regard du mari seul, qui est un des traits essentiels du régime dotal romain, médiéval et actuel.

CHAPITRE II

LE DROIT POSITIF ET LA PROTECTION DE LA FORTUNE MOBILIÈRE DE LA FEMME

Dans l'état du régime matrimonial tel que nous venons de le décrire on voit difficilement la place que pourrait occuper — si tant est qu'il existât — un système de garanties de restitution de la dot immobilière.

L'hypothèque que certaines législations, dans un sens de protection, octroient à la femme mariée est le contre-poids d'une incapacité, plus ou moins étendue, la sanction d'une situation juridique nouvelle, que crée le mariage et que la rupture du lien conjugal termine. Un régime séparatiste intégral ignore l'hypothèque légale de la femme mariée, qui n'a pas de raison d'être. Tout à fait à l'opposé, un régime associatif (1) exclut également cette hypothèque : la femme se garantit elle-même contre

(1) Nous ne disons pas *communautaire*, car un régime de communauté, par exemple celui du Code civil, n'est pas associatif durant le mariage, temps pendant lequel le mari est « seigneur et maître des biens communs ».

D'autre part, un régime associatif peut ne pas exclure absolument l'éventualité de garanties dotales, mais alors celles-ci seraient moins des sûretés dirigées contre le mari que des indisponibilités de biens (inaliénabilité) pour protéger la femme contre elle-même. Tel est par exemple l'esprit du droit romain sous Auguste.

les diminutions de son patrimoine ou de ses droits qui lui seraient préjudiciables ; et telle était, au Moyen Age, la situation de la femme mariée vis-à-vis de sa dot immobilière.

En premier lieu, la femme n'abandonne pas ses immeubles, elle n'opère aucun transfert de propriété ; en conséquence, à la dissolution du mariage, il n'y aura pas lieu à restitution.

En second lieu, de même que la femme conserve, sa vie durant, l'appréhension matérielle de ses biens immobiliers, elle garde aussi sur eux une appréhension juridique ; son concours est exigé pour le moindre événement intéressant l'immeuble, elle n'aura, par là même, aucune surprise à la dissolution du mariage, car elle aura suivi au jour le jour la vie juridique de son patrimoine.

Enfin le consentement de la femme n'est pas un acte tel que l'envisagerait notre esprit actuel, laïc et individualiste ; au Moyen Age, au contraire, il est plus que la condition (même essentielle) du contrat, il présente le double caractère d'être religieux et social.

Du fait que ce consentement est religieux, il engage la responsabilité de celle qui le donne et qui ne pourrait pas venir plus tard le réduire à néant (2), elle jure de la respecter *supra sancta Evangelia tacta* et on se la représente aisément accomplissant ce geste, car la mystique médiévale se double de formalisme. Cette solennité qui entoure un consentement donne à celui-ci une valeur

(2) C'est pourquoi la pratique justinienne de la ratification *post biennium* des aliénations n'est pas reproduite par les Coutumes : Toulouse (art. 103) va même jusqu'à déclarer inutile le serment par la femme de ne pas attaquer plus tard l'aliénation, le concours des conjoints faisant présumer ce serment.

La Coutume de Montpellier, dans son article 38, admet bien une ratification *post biennium secundum leges* mais de la renonciation formelle au Velléen, non d'une aliénation.

particulière dans les rapports des conjoints entre eux ; elle le rend indispensable et sacré et en fait pratiquement une garantie que le formalisme authentifie et que la mystique sanctionne.

En outre, la ratification par la femme de l'aliénation d'un bien du ménage est également effectuée par les enfants, les frères et sœurs, les proches, les amis même ; c'est ce concours de la famille à l'acte qui confère au consentement de la femme son caractère social. La garantie née de ce consentement devient opposable aux tiers et prend ainsi une teinte de réalité.

Et pourtant les textes, du moins quelques textes savants, parlent de garanties de restitution de la dot tant mobilière qu'immobilière, le *Petrus* (3) d'abord, qui reproduit dans les termes suivants des dispositions préjustiniennes (4) :

Postquam uxor mariti, vel alius pro ea, dotem reddiderit promissam, omnes res mariti, id est omnia bona ejus, sunt uxori obligata pro restituenda ei dole post mortem mariti, vel postquam maritus ad paupertatem inclinaverit ; et nulla est differentia sive mobilis, sive immobilis sit. Itaque uxor quocumque casu, id est vel morte mariti, vel eo ad paupertatem tendente, maritum vel heredes ejus cogere potest ad restituendam sibi dotem ; ita ut nisi dos sibi reddita fuerit, potest res mariti, ubicumque sint, jure pignoris vindicare, etiam si maritus in causam pignoris alias res suas obligaverat.

Uxor enim in pignoribus et etiam in hypotecis preponitur omnibus mariti creditoribus, preter illos qui prius

(3) *Exc. Pet.*, VI, 54.

(4) Et même justiniennes : *L. un.* § 1, *C. de rei ux. act.*, 5, 13 ; *L. 29*, 30 *C. de jure dot.*, 5, 12. Il n'est pas besoin de souligner que le Code ne parle pas de gage, mais seulement d'hypothèque.

contraxerint quam ipsa uxor marito dotem tradiderit.

Si l'on prenait ce texte à la lettre il faudrait conclure que la femme pour le recouvrement de sa dot jouit d'une hypothèque sur l'ensemble des biens du mari. Cette sûreté légale aurait les caractères de celle qui fut organisée par Justinien en 530, c'est-à-dire avant la loi *Assiduis* (5).

En cette matière, plus encore que dans celle traitée au chapitre précédent, les textes législatifs et les documents de la pratique sont en contradiction avec le *Petrus* : la question des garanties de restitution de la dot ne figure — il est vrai longuement étudiée — que dans la Coutume de Toulouse, coutume savante et de date relativement récente (1286 n-st.). L'organisation d'un régime cohérent de sûretés n'existe que dans les Coutumes de Montpellier et de Carcassonne, qui, par ailleurs, ne font aucune application de leurs tendances de systématisation scientifique aux garanties dotales (6). Toutes les autres Chartes des Villes, qui sont pourtant fort nombreuses, sont muettes sur notre sujet ; il est vrai qu'elles ont assez de thèmes de dissertations avec la pêche dans le ruisseau local ou avec l'interdiction de faire des plaisanteries de mauvais goût aux jeunes mariés (7).

(5) Cf. Meynial, *N.R.H.*, 1902, p. 51. Pourquoi le *Petrus* s'en tient-il au droit de 530, alors qu'il connaît, sur d'autres questions, un droit postérieur (celui des Novelles) ? Est-ce volontairement, est-ce par ignorance d'une telle disposition parmi d'autres connues ? Nous posons la question sans la résoudre.

(6) Ou pupillaires. Notons ici, entre parenthèses, que les garanties accordées aux pupilles sur les biens de leurs tuteurs, sont inconnues des Coutumes, probablement à cause du caractère de droit public des tutelles, qui garantissait effectivement les mineurs, c'est bien dans cet esprit de protection administrative et sociale des mineurs qu'a été rédigé l'*Arrestum sane*, qui fait suite à la Coutume de Toulouse.

(7) Villeneuve d'Aveyron, 17 : *Ordenansa facha dels nobis e de las nobias : Que negum home ni neguna femna que prengue molher o marit no sia costrech a ppagar neguna causa per son matrimoni, nhi davans, nhi aprep ; que negus home ause faire negun desposer e neguna manieyra à son hostal, ni en altre loc, ni neguna dyssonor.*

Nous croyons qu'il est permis de penser que, jusqu'aux Glossateurs, ou plus exactement jusqu'à l'époque à laquelle leur influence doctrinale a modifié les règles juridiques en vigueur, a changé l'état du droit matrimonial et a systématiquement romanisé les institutions, il n'a existé aucune garantie de restitution de la dot immobilière (8).



Si la femme qui a reçu une telle dot est en fait et en droit garantie par la nature même de son apport et par les règles normales de sa capacité juridique, il n'en est pas de même de la femme qui a reçu une dot mobilière estimée, et surtout une dot pécuniaire. Or, nous avons noté l'importance de ces dots qui atteignent parfois des chiffres très élevés, en rapport avec l'état économique d'un pays et d'une époque où l'argent ne se capitalisait pas et où les seigneurs et les marchands disposaient de sommes considérables (9). Nous avons également signalé, et le moment est venu d'en tirer des conséquences pratiques, la situation juridique de la dot pécuniaire qui est à l'opposé de celle dont bénéficiait la dot immobilière : la femme ne sera jamais sûre de retrouver à la dissolution du mariage une somme égale à celle qu'elle a apportée en dot, qu'elle a matériellement remise à son mari *ad om-*

(8) Rappelons le jugement rapporté par Ménard cité ci-dessus p. 22 dans lequel la question de garantie ne se pose même pas.

(9) Nous recommandons, au sujet de l'influence des richesses pécuniaires sur la civilisation et les mœurs au XII^e siècle, l'ouvrage de Jeanroy, *La poésie lyrique des Troubadours*, t. I, p. 82 à 96 et les nombreuses références données au cours du livre. Il est vrai que de beaucoup de documents il ressort que bien des nobles s'endettaient jusqu'à l'épuisement de leur patrimoine. Il faudrait admettre qu'ils donnaient l'illusion de la fortune sans la posséder réellement.

nem ejus voluntatem faciendam. Il ne serait donc pas étonnant de trouver dans la réglementation et dans la pratique un palliatif à cette situation défavorable.

Pourtant aucune Coutume de langue d'Oc (10), à l'exception de celle de Toulouse (que nous étudierons *infra*, chapitre III) n'organise un système quelconque de garantie ou de sauvegarde des deniers dotaux. La Coutume de Montpellier fait à la question des allusions (dont le détail suit) si confuses et si contradictoires qu'elles équivalent presque à un silence. Quelle est la cause de cet état de choses, reflète-t-il *a priori* l'état d'un droit dans lequel ces institutions n'avaient pas de place et allons-nous conclure à l'inexistence de garanties légales, ou du moins de garanties conventionnelles connues de la loi et spécialement protégées par elle ?

N'est-il pas étonnant, d'autre part, que certaines Coutumes qui entassent par ailleurs des dispositions romaines anachroniques soient muettes sur des problèmes également résolus par les Romains et qui se posaient à elles dans la pratique ?

Il semble que les Chartres des Villes, dans le grand mouvement consulaire médiéval, ont réagi à l'égard du droit privé de deux façons différentes : les unes l'ont peu connu, les autres l'ont reconstruit dans un esprit à la fois universaliste et particulariste. A la première catégorie, la plus nombreuse, appartiennent les Coutumes populaires, dont les rédacteurs semblent avoir eu pour seul but de se débarrasser d'un maître laïc ou ecclésiastique devenu gênant et d'en limiter les attri-

(10) La Coutume de Bordeaux est bien, quant à elle, prolixe sur la question, mais dans une de ses dernières rédactions du XV^e siècle, puisque elle y cite Cynus (1270-1333). Les Fors de Béarn également, mais cette Coutume est à peine de deux ans postérieure à celle de Toulouse (1288) et est rédigée, sur cette question, dans le même esprit que celle-ci.

butions ; l'ivresse du pouvoir conquis n'a pas reculé les bornes de l'activité quotidienne des rédacteurs, droit de pêche, de pacage, limitation du droit d'ost ; leurs pré-occupations « sociales » se limitent souvent à la sanction du rapt et de l'adultère (11). Il n'est pas étonnant que la dot et, *a fortiori*, les sûretés dotales n'aient pas de place dans de tels documents.

Dans la seconde catégorie nous plaçons les Coutumes savantes dont les rédacteurs ont cherché à créer du droit. Certaines sont anciennes, c'est-à-dire antérieures à la renaissance bolonaise comme les *Usatici* de Barcelone (12) (1068) ou la Charte du Consulat d'Arles (1131). Leurs silences sont alors relativement probants, leurs affirmations à peu près admissibles.

Entre 1160, début de l'enseignement de Placentin à Montpellier et le milieu du XIV^e siècle, époque à laquelle le droit romain peut être considéré comme la *Lex scripta* du Midi de la France, deux Coutumes ont fait œuvre juridique en Languedoc, celle de Montpellier et celle de Toulouse.

A l'égard du droit romain l'attitude des rédacteurs de ces deux monuments a été complexe : c'est qu'ils étaient en admiration devant un *Corpus juris civilis* retrouvé, mais aussi qu'ils craignaient une romanisation complète (13). C'est pourquoi il n'est pas étonnant de trouver dans une Coutume des dispositions romaines novatrices à côté d'abstentions peut-être voulues et de terminologie délibérément locale (14). Ainsi rencontre-t-on dans la Coutu-

(11) D'ailleurs dans un esprit peut-être plus humoriste que cruel.

(12) Les *Usatici* sont d'ailleurs à peu près exclusivement du droit féodal.

(13) Qui eut ruiné leur particularisme.

(14) Par exemple l'emploi à Toulouse du mot *poderagium*, « *quod erat vulgare Tolosanorum* », comme dit Cazevielh (cf. ci-dessous chap. III, note 21).

me de Montpellier la réglementation d'un système complet de sûretés où le droit romain tient une place qu'il n'avait probablement pas encore dans la réalité et on ne voit pas figurer le détail de dispositions que la pratique envisageait parfois et pour lesquelles le silence était peut-être la meilleure garantie de conservation. Ajoutons à cela que les préoccupations dotales ne s'imposaient pas aux réglementateurs locaux (15) et que ceux-ci, jusqu'aux Toulousains en 1286, ne virent pas l'utilité de systématiser à la mode romaine une réalité juridique originale dans ses procédés et d'utilité secondaire. Aussi croyons-nous que les deux Coutumes savantes, à cheval sur deux civilisations, sont plus intéressantes comme monuments historiques que comme preuves juridiques.

La Coutume de Montpellier, suivie plus ou moins en cela par ses « satellites », Carcassonne (1204) et Alès (1217) (16), organise une procédure d'ordre, si l'on nous permet cette expression anachronique, dans laquelle elle fait une place aux créances privilégiées, mais sans les détailler, sans même les énumérer ; n'y a-t-il là qu'une redondance romaine, les créances dotales sont-elles ou non envisagées ? Il nous paraît impossible de répondre.

Les textes qui font allusion aux sûretés légales sont les articles 34, 36, 41 de la rédaction de 1204 et l'article 12 de la rédaction supplémentaire de 1205.

(15) Les rédacteurs de l'intéressante Coutume d'Avignon (1243) ont entrevu la question ; ils commencent par décider (art. 166) que les débiteurs de dots sont exemptés des peines corporelles (fustigation) et pénales (banissement) encourues par les débiteurs ordinaires.

L'article 39 prévoit le conflit entre le privilège dotal et la garantie du vendeur : *Si autem emptor fuit non solvendo, venditor, vel paccator, vel fidejussor habeant regressum ad rem venditam ; ita videlicet quod dicta res ab ipso emptore vel uxore sua, matre, sorore vel filia ratione dotis vel alterius obligationis seu juris defendi non possit.*

(16) La Coutume d'Alès a eu deux rédactions : l'une antérieure à celle de la Coutume de Montpellier en 1200, l'autre en 1217, aux fins de mettre en harmonie le droit local avec la nouvelle Coutume de la ville de Placentin.

L'article 34 (17) organise une procédure contre le débiteur en fuite et décide que tous ses biens et toutes ses facultés seront colloqués à ses créanciers *salvis privilegiis a lege indultis* et qu'il ne pourra opposer aucun moyen de droit. L'article 36 (18) dispose de même et avec la même formule pour les débiteurs condamnés en justice. L'article 41 (19) pose, semble-t-il, le principe de sûretés conventionnelles privilégiées mais primées elles-mêmes par les sûretés légales. Enfin l'article 12 de la rédaction supplémentaire de 1205 (20) qui classe les garanties, fait passer dans leur hiérarchie les privilèges légaux avant l'obligation spéciale, qui prime elle-même l'obligation générale. Ici la Coutume fait un curieux mélange de droit romain et d'institutions médiévales (21).

A son article 38 (22) la Coutume de Montpellier semble faire allusion à une garantie dotale ; mais cette allusion est faite dans la terminologie romaine (premier aspect des Coutumes savantes que nous signalions plus haut).

(17) Recopié intégralement par Carcassonne et par Alès (art. 9).

(18) Non admis par Carcassonne, recopié par Alès (art. 11).

(19) Admis par Carcassonne, non suivi par Alès : *Qui prior est in emptione vel pignore vel retorno cum laudimio domini ad quem pertinet, potior est, salvis privilegiis a lege indultis.*

(20) Inconnu de Carcassonne et d'Alès : *Si quis dederit generalem regressum super bona vel res suas et postea aliquam rem de bonis suis vendiderit, vel specialiter obligaverit, ille cui est vendita vel specialiter obligata potior est, salvis privilegiis a lege indultis.* Cet article 12 (red. 1205) apporte une précision relativement aux effets et au rang de l'obligation spéciale, dont la rédaction de 1204 ne parlait pas ; l'article 41, promulgué à cette date, ne mentionnait pas l'obligation spéciale parmi les opérations qui diminueraient le patrimoine du tenancier et pour lesquelles de ce fait le *consilium domini feudi* était un supplément de garantie.

La Coutume de Montpellier ne dit pas, comme le fera celle de Toulouse, si le *consilium domini feudi* à l'obligation spéciale donne un privilège à celui qui l'a obtenu. Ce n'est pas impossible de le penser.

(21) Pourquoi ce mélange, que Meynial (*loc. quo supra*) appelle justement un « alliage étranger » ? Il serait bien intéressant de savoir si les rédacteurs s'en sont rendu compte et comment dans ce cas ils ont décidé de le réaliser.

(22) Non admis par Carcassonne et non suivi par Alès.

La Coutume réglemente la capacité d'intercéder de la femme mariée ; le principe du Velléien une fois posé, les rédacteurs énumèrent les exceptions à cette règle, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'*intercessio pro marito* sera valable : l'ignorance du créancier et la conscience chez la femme de son obligation, le désir de faire une libéralité, la nature même de l'objet du contrat, la renonciation au Velléien, la *pignoris et ypotece remissio*. Le mot *ypoteca* apparaît avec cette phrase pour la première fois dans une Coutume méridionale, mais il n'est pas douteux qu'il ne traduise pas l'institution romaine de l'hypothèque et que, s'il a un sens, ce qui n'est pas certain, c'est celui de gage ou de « garantie » dans le sens le plus large et le plus imprécis du mot.

Devant l'indécision certaine et l'inexactitude possible des Coutumes, la pratique seule pourrait nous fournir des renseignements ; ceux-ci sont, aussi, fragmentaires et décevants ; le lecteur en jugera.

Parmi les quelques Chartes dotales qui nous sont conservées, rares sont, surtout jusqu'au XIII^e siècle, celles qui organisent un système de garanties : d'abord la question ne se pose naturellement pas toutes les fois que la dot est abandonnée au mari en propriété définitive ; d'autre part et surtout, croyons-nous, l'avantage que la femme retire du *sponsalitium*, supérieur le plus souvent à la dot, rend inutile la restitution de celle-ci quand l'un et l'autre sont évalués en argent. Aussi trouve-t-on de bonne heure des garanties de paiement du *sponsalitium*, qui se présentent alors sous la forme de cautions personnelles (23). Mais nous ne connaissons aucune clause

(23) Par exemple *Histoire de Languedoc*, V, 200, février 1034.

de restitution de la dot qui utilise ce procédé seul comme garantie (24).

Le premier acte, isolé dans le temps, daté de 1120, que nous avons eu à notre connaissance et qui prévoit, semble-t-il, une garantie de restitution est le contrat passé entre Bernard de Melgueil et Guilhem VII de Montpellier (25) au nom de sa fille Guillemette : *Si filia mea te supervixerit* (le prédécès du mari est le seul cas de restitution prévu) *et infantes de te non habuerit, isti VII milia solidi filie mee in integrum reddantur. Et ego, Bernardus Raimundus, comes Melgoriensis, bona cum voluntate hos recipio, cum eadem supradicta convenientia et cum hac causa dono tibi Guillelmo de Montepessulano et filie tue Guillelme in pignore Melgoriensem monetam, ut tandiu vos vel is qui ad vestram profinem quaesierint eandem monetam teneatis, donec istos VII milia solidos ex ea tractos habeatis*. Une telle garantie aurait été fort efficace, s'il ne s'était agi ici bien plus d'une disposition politique que d'un accord matrimonial (26) ; en 1125 le Comte conserve toujours ses droits sur la monnaie de Melgueil (27) et cette monnaie ne passera au seigneur de Montpellier qu'en garantie d'un prêt en avril 1130 (28). Nous ne saurions dire si la garantie matrimoniale de 1125 n'a pas été exécutée parce qu'elle n'était qu'une formule vaine,

(24) Brissaud dans son *Manuel*, p. 774, note 5, croit voir une telle garantie dans le contrat entre Cécile de Provence et Bernard-Aton (*Histoire de Languedoc*, V, 356, année 1083). Mais il ne peut s'agir, en l'espèce, de garantie de restitution de la dot ; l'acte est, en effet, une constitution de *sponsalitium*, dont les cautions personnelles s'engagent à garantir l'exécution : *Breve memoriatum de ostaticos que dedit Bertramus comes ad Ermengardem vicecomitissam par placitum de sua filia... Istum placitum plevi Raymundus Rostagnus, Bertrannus, Robertus... plivirunt per suam fidem*.

(25) *Histoire de Languedoc*, V, 472, 1120, déjà cité.

(26) Aigrefeuille, *Histoire de Montpellier*, I, p. 34 et suiv.

(27) Cartulaire des Guilhems, 61.

(28) Cartulaire des Guilhems, 66.

ou parce que les conditions d'exécution prévues (prédécès du mari sans postérité) ne se sont pas trouvées remplies.

Un des procédés les meilleurs de conservation de la dot eût été l'emploi de l'apport pécuniaire de la femme sur un immeuble acheté par le mari et qui représenterait — pour nous servir d'une expression anachronique — la dot incluse ; toutefois ce système nuirait à la conception d'alors d'une dot mobilière abandonnée au mari pour être dépensée par lui durant la vie conjugale ; par contre cet inconvénient ne se faisait pas sentir pour l'*hereditas* quand elle existait avec une dot. C'est dans le sens d'un emploi que nous interprétons le contrat de Raymond de Fontjoncouse et de Garsinde (29) ; celle-ci, qui doit être orpheline de père car sa mère Anglaise figure seule à l'acte, porte 650 sous à son mari *pro mobile* dont elle se désintéresse et 650 sous *pro hereditate* (30) plus tous ses droits mobiliers et immobiliers qui seront communs aux époux. Raymond s'engage en retour à appliquer la *donatio propter nuptias*, soit 1400 sous, plus les 650 sous représentant l'*hereditas* (*cum aliis DCL solidis melgoriensibus quos tecum accepi pro tua hereditate*) à l'achat d'un fonds de terre, *honos* (31) (*quos convenio tibi dare in honore in Narbona vel in suis terminis*) ; deux amis de chacune des parties apprécieront la réalité et la suffisance de l'emploi (*cum consilio duorum tuorum amicorum et duorum meorum*) qui se fera dans un délai de deux ans (*usque ad duos annos completos*) à dater de Pâques suivantes (*ad hoc primo veniente festo Pasche*).

(29) Déjà cité chap. I, notes 30 et 55.

(30) Peut-être les deniers paternels trouvés dans la succession. Il n'y a pas seulement ici conservation de l'*hereditas*, mais presque restitution de celle-ci, quoique la femme ne la récupère pas en espèces, puisque le mari s'en dessaisit.

(31) Voir sur la valeur de ce mot Lesne *R.H.D.*, 1924, p. 28.

Parfois le mari a besoin d'argent liquide pour dégager un immeuble, il s'adresse alors à une héritière riche pour avoir cet argent ; mais ladite héritière, qui a la partie belle, exigera en garantie un droit sur le bien qu'elle a permis matériellement à son mari de retrouver. Tel est le cas d'Alazais de Béziers, épouse de Sicart de Lautrec qui se fait reconnaître à elle et à ses héritiers un mort-gage sur des propriétés en plantiers, *malolios vicecomitales et stradas qui sunt inter Dedonem et Agotem* (32). Le cas de restitution prévu n'est encore que le décès des époux ; et la mort du mari est le terme de l'exercice du droit. Il est regrettable qu'ici, comme dans les autres cas, on ne trouve que l'acte de constitution du droit et aucun document, aucune quittance, relative à son exécution.

A partir de la fin du XII^e siècle les garanties se font plus nombreuses et plus rigoureuses ; la cause n'est pas, à notre avis, seulement due à une influence romanisante des légistes (33). Nous croyons bien plus qu'il s'agit d'une révolution morale et sociale d'origine probablement religieuse ; l'albigeïsme se répandait et, avec lui, le lien conjugal devenait de plus en plus ténu (34), les divorces

(32) *Histoire de Languedoc*, VIII, 58, année 1188 : *Ego Sicardus, vicecomes de Lautrec, cum hac carta confiteor et recognoso tibi domino vicecomiti Biterensi, quod tu dedisti mihi cum Alazaici sorore tua pro sua dote, quando duxi eam in uxorem, VIII milia solidos melgorienses de quibus tenui me et teneo bene per paccatum, de qua pecunia etiam redemi de pignore malolios meos vicecomitales qui sunt inter Dedonem et Agotem, quos omnes predictos VIII milia solidos melgorienses laudo et concedo tibi et tue posteritati super omnes jamdictos malolios et super omnes jamdictas stradas tali modo ut post mortem meam tu et tui predictos omnes malolios et stradas tamdiu habeatis et possideatis jure pignoris, fructibus et redditibus inde exeuntibus vobis in sortem nullo tempore computatis, donec mea progenies vel propinqui mei totam jamdictam pecuniam plene et integre tibi vel tuis reditam et persolvam ...*

(33) Qui, d'ailleurs, n'est pas négligeable.

(34) C'est justement Innocent III qui couronnait alors l'action de l'Eglise en vue d'imposer l'indissolubilité du mariage et qui refusait absolument à Guilhem VIII de Montpellier de ratifier sa séparation d'avec Eudoxie de Constantinople.

et les remariages se multipliaient ; pour ne citer que l'entourage de Marie de Montpellier, entre elle et ses trois maris, on ne compte pas moins de sept divorces en quinze ans ! Toutes les données juridiques des époques antérieures étaient, pour un temps, bouleversées. Aussi peut-on voir dans un contrat (qui utilise toujours le mort-gage) (35) une nouvelle clause de restitution de la dot que n'eussent pas osé rédiger les générations précédentes, la clause *aut soluto matrimonio quocunque modo exinde in vita aut morte*. Les femmes qui ne manquent à cette époque ni d'expérience, ni d'habileté, accumulent naturellement tous les moyens connus pour garantir leur dot devant les nouvelles vicissitudes d'une époque démoralisée, tout comme à Rome à la fin de la République. Le modèle du genre est le contrat de Marie de Montpellier avec son second mari Bernard de Comminges (36) qui aurait été, d'après d'Aigrefeuille, rédigé par un juriste enseignant le droit romain (37). Marie apporte à Bernard une dot de 300 marcs d'argent sous la forme de sa créance dotale contre la succession de son premier mari, Barral de Marseille : *et ego Maria supradicta, filia domini Guilelmi Montispessulani, dono et concedo*

(35) *Histoire de Languedoc*, VIII, 102, septembre 1199, contrat de Rostaing de Sabran ... *que VII milia solidorum melgoriensium laudo et concedo tibi Clementie uxori mee, nomine pignoris, exceptis fructibus in sorlem non computandis in vita mea et post mortem meam super totum castrum de Trescas et super villam totam de Calvinnaciis et terminis, interius et exterius et super omnibus questibus et obventionibus, intus et foris ad dictum castrum vel villam, vel nominationem eorum pertinentium, ita soluto matrimonio nostro quocunque modo, exinde in vita et morte tu uxor mea Clementia de istis VII milia solidorum cum omni jure supra dictorum pignorum possis plenissime tuam voluntatem facere.*

(36) *Cartulaire des Guilhems*, 204, année 1197.

(37) Il en fut de même du contrat de Marie avec son troisième époux, Pierre d'Aragon, à la fin duquel signèrent, à en croire les Bénédictins, un certain nombre de *causidici et advocati* de Montpellier (*Histoire de Languedoc*, VII, p. 213).

Le maître qui signe au contrat de Bernard, Magister Guido, est inconnu.

tibi, Bernardo comiti Convenarum, mecum in dote omne jus et omnem actionem que habeo vel habere possum vel debeo contra res vel heredes Barralis, quondam mariti mei, nomine vel occasione dotis, usque ad quantitatem CCC marchas argenti (38). Son père lui donne de son côté 200 marcs et les habits nuptiaux, et Bernard lui promet en *sponsalitium*, par un acte postérieur de deux ans (39), 500 marcs d'argent fin qu'il s'engage à faire payer par ses héritiers après sa mort *supra castellum et super villam Murelli et supra omnia mea jura ibi pertinentia, vel que ibi pertinere debent tali modo quod tu, Maria, habeas et teneas et explectes predictam villam et castellum de Murello et homines et feminas, presentes et futuros, usque habeas recuperatos predictos D marchos argenti fini, ad tuam totam voluntatem*. Et c'est cette même ville de Muret qui garantira sous la forme d'un mort-gage l'héritas et la dot : *Et super idem castrum de Murel dono et concedo tibi ipsi Marie supradictas CC marchas argenti fini quas tecum accepi, ita quod fructus vel redditus inde exuntes in sortem vel pagam nullatenus computentur et has D marchas supradictas* (200 de l'héritas et 300 de la dos) *laudo et concedo tibi Marie,*

(38) Ainsi l'action en restitution de dot aurait-elle été alors cessible et réelle. Cf. Cartulaire d'Aniane, 30, année 1198 : *Ego Sibilz, uxor quondam Petri de Vallauches, per me et meos, dono, concedo et imperpetuum solvo tibi, Guillermo de Vallauches et tuis omne jus et omnem actionem mihi competentem nomine dotis vel hereditatis seu sponsalitii in toto honore et in omnibus bonis que fuerunt prefati mariti mei*.

(39) Cartulaire des Guilhems, 206, année 1199. Dans le contrat de 1197 le *sponsalitium* consistait en un revenu d'immeubles... *totum castrum Murelli cum tota jurisdictione et potestativa et suis omnibus pertinentiis. Quod si mihi supervixeris habeas et teneas castrum in tota vita tua et omnes fructus et redditus exinde exeuntes tuos proprios facias et percipias ad tuam omnem voluntatem faciendam*. Il n'y a pas de différence entre une telle clause et le douaire préfix des Coutumes du Nord de la Loire.

L'assignat du *sponsalitium*, avec une longue énumération des revenus qu'acquerra la femme à la dissolution du mariage, se trouve dans le contrat de Bernard de Comminges, fils du précédent, avec Cécile de Foix (*Histoire de Languedoc*, VIII, 237, 6 mai 1224).

uxori mee et tuis, fructibus in sortem non computatis, super dictum castrum de Murel cum suis pertinentiis.

De plus les habitants de Muret devront ratifier cet engagement en même temps qu'ils prêteront serment de fidélité aux enfants à naître des époux ; c'est ce qu'ils font le 1^{er} décembre 1199 (40) *ita scilicet ut fideles et coadjutores erimus eis* (les deux filles nées entre temps) *tamen salva hereditate et sponsalitiu et dotem* (41) *quam Domina sepe dicta Maria habet in castro Murelli*. Enfin les savants rédacteurs de ce contrat, de même qu'ils font intervenir l'archevêque d'Auch et les évêques de Toulouse et de Comminges pour sanctionner la promesse morale de Bernard de ne pas rompre ce nouveau mariage (engagement que d'ailleurs le débauché ne tint pas), adjoignent au débiteur comme caution personnelle le Comte de Toulouse lui-même, qui s'engage *corporaliter* à assurer l'exécution matérielle de la restitution.

Malgré les menaces du Pape contre les héritiers de Barral, Marie ne revit jamais sa dot, et, après son divorce avec Bernard, elle ne revit probablement jamais les 200 marcs que s'était engagé à lui rendre celui-ci (42) ;

(40) Cartulaire des Guilhems, 207 (texte latin) et 210 (texte languedocien).

(41) On comprend mal la différence de cas entre *salva hereditate* (ablatif) et *sponsalitiu et dotem*, alors que ces mots doivent tous être ou compléments directs de *habet*, ou trois ablatifs absolus. Il s'agit très probablement d'une simple erreur du copiste du manuscrit conservé aux Archives municipales de Montpellier, car la traduction en languedocien explique « *salva la heretat e-l desposalici que la sobredicha Comtessa a en el castel de Murel* ». Sur cette traduction le mot dot est omis ; mais la confrontation des deux textes permet de comprendre que les nobles de Muret garantissent leur ville aux filles de Marie quand leur mère aura récupéré son *hereditas*, sa dot et son *sponsalitiu*. On voit ainsi que ces trois masses de biens, comme nous le signalions au chapitre précédent, seront individualisées à la dissolution du mariage.

(42) Qui semble n'avoir pas eu davantage de scrupules à l'égard de sa précédente femme, la Comtesse de la Barthe (*Histoire de Languedoc*, VIII, 97, année 1196).

nous savons cela par le testament de Guilhem VIII (43) : *Filie mee Marie dimitto, jure institutionis, CC marchas argenti, quas comes Tolosani ei debet et comes Convenarum maritus ejus et si infra annum non fuerint iste CC marche eidem Marie solute, Guilielmus filius meus donet ei de suo proprio has CC marchas et ornamenta nuptialia... Sed Guilielmus filius meus, si has CC marchas ei dederit, habeat actiones contra comitem Convenarum et fidejussores ab eo datos in his CC marchis, salvo jure suo, dicte Marie, contra comitem Tolose et comitem Convenarum et contra Rocelinum et fidejussores a Barralo datos.*

Il ne nous est pas interdit de conclure que la garantie que Guilhem considérait comme la plus sûre était la caution personnelle ; en tout cas, on ne trouve nulle part trace de l'exécution du savant et complexe système de sûretés échafaudé par les légistes montpelliérains.

Toutefois le mort-gage contractuel sur un bien ou une universalité patrimoniale et le mort-gage sur le bien dégagé à l'aide de deniers dotaux se retrouvent dans la reconnaissance de dot (44) donnée par Frotard d'Olargues, à sa femme Tiburge de Murviel, fille de Raymond-Aton : *Cum hac carta agnosco quod ego accepi in dotem tecum Titburge XX Milia solidorum melgoriensium et hos milia solidos laudo et concedo tibi Titburge, titulo pignoris, fructibus in sortem non computatis, super totum honorem et omnia jura quod pater meus Poncius de Olargue michi donavit.* Cet engagement est repris dans les mêmes termes par le frère de Frotard, Pons, et par la femme de celui-ci, Sibille. De plus comme 5.000 sous, sur les 20.000 ont servi au rachat de biens engagés par les deux frères, le

(43) Cartulaire des Guilhems, 99, année 1202.

(44) Cartulaire des Guilhems, 556, année 1199.

château de Pech-Mizan et le moulin d'Olargues, ces deux biens sont affectés à Tiburge *pro istis V milibus solidis*.

Ainsi, jusqu'à la date de 1200 environ, principalement pour le Bas-Languedoc, mais également pour la région toulousaine, la garantie de restitution de la dot pécuniaire qui semble avoir été surtout transcrite nous paraît être le mort-gage. Cette constatation nous permet de mettre en valeur deux textes de la Coutume de Montpellier, noyés dans les dispositions citées plus haut, les articles 38 et 66, qui prennent un sens à la lumière des résultats de la pratique : l'article 38, nous l'avons signalé, parle d'une renonciation au Velléen *pignoris vel ypotece remissione* ; ne peut-on retenir le mot *pignus* et dire qu'il fait allusion aux cas prévus par les clauses contractuelles de mort-gage ? D'autre part, l'article 66 (45) sur l'interprétation duquel on peut d'ailleurs hésiter, peut s'expliquer de la façon suivante : les gages donnés à la femme par le mari pour la restitution de sa dot ou à son mari par le beau-père (ou par elle-même si elle n'est pas en puissance) pour la constitution de celui-ci... sont exemptés des droits fiscaux.

Sur ce point la Coutume serait en accord avec les documents de la pratique pour les toutes premières années du XIII^e siècle. Il est difficile, malgré tout, de tirer de ce qui précède une conclusion ferme. Pourtant nous croyons pouvoir émettre l'hypothèse que les sûretés existantes vers 1200 étaient surtout contractuelles et qu'elles se rattachaient de près ou de loin à un

(45) Admis par Carcassonne, non suivi par Alès, bien qu'il figurât en partie dans la rédaction de 1200.

Montpellier, article 66 : *In donationibus, in legatis, in dotibus propter nuptias vel pignoribus dotis nomine mulieri vel ejus viro obligatis..... nullum habere vel percipere debent dominus vel ejus feudales laudimium vel consilium.*

gage, qui n'avait au cours du mariage aucun effet sur la nature juridique et l'administration conjointe du patrimoine commun aux époux, mais qui se traduisait, en droit, à la dissolution du mariage, par un transfert temporaire et conditionnel de possession ou peut être même de propriété, suivant le droit commun des sûretés réelles antérieures à la renaissance du droit romain.

CHAPITRE III

LES GARANTIES DE RESTITUTION DE LA DOT DANS LA COUTUME DE TOULOUSE

Les Coutumes et Franchises de Toulouse, capitale intellectuelle et, à certains moments même politique des pays *de lingua occitana*, comme disent les textes des XIII^e et XIV^e siècles, sont un des monuments essentiels du droit médiéval de la France méridionale ; mais elles sont aussi, au même titre que les documents que nous avons vus jusqu'à maintenant, un ensemble complexe et hétérogène d'usages codifiés, d'innovations juridiques et de droit romain. Elles sont rédigées à une époque qui marque un tournant de l'histoire du droit privé méridional, qui n'est plus le haut Moyen Age juridique et n'est pas encore la période qui veut tout ramener au droit romain. Si l'on nous permet une hypothèse, la Coutume de Toulouse serait le « document type de bonne législation médiévale », fait par des Toulousains pour leurs compatriotes.

Et pourtant les textes affirment, à commencer par la Coutume elle-même, que chacune des dispositions contenue dans le *Liber Albus*, avait été et était encore en

vigueur (1). Il n'y a pas lieu, croyons-nous, de s'arrêter à cette affirmation : les Coutumes d'Alès modifiées à la suite de la promulgation de la Coutume de Montpellier sont également présentées comme ayant été de tout temps désirées. Il y a bien 72 notables qui sont venus affirmer aux représentants du roi de France que leur Coutume n'était que la codification d'usages anciens ; mais, peu d'années auparavant, d'aussi respectables personnalités toulousaines avaient été dans l'impossibilité de se mettre d'accord pour dire si oui ou non la juridiction consulaire s'était exercée pendant la dictature de Simon de Montfort.

La Coutume, qui est complexe dans ses origines, savante et même parfois alambiquée dans sa rédaction, est, de plus, à peu près entière dans son système juridique : les dispositions diverses se complètent, les contradictions sont inexistantes, les répétitions rares (2) : on sent le souci très net de réaliser une œuvre méthodique et peut-être même logique. La division en quatre parties (Procédure civile, Contrats et obligations, Droit familial, Droit des fiefs) est probablement inspirée des *Institutes*. La cohésion de l'ensemble qui prouve un certain désir de discipline juridique et d'utilité sociale, n'existerait pas si la Coutume n'était que la rédaction d'usages disparates.

Avec l'emprise croissante du droit romain et l'extension

(1) Procès-verbal de promulgation de la Coutume. Ed. Tardif, p. 11 et suiv. Voir Molinier, *La Coutume de Toulouse et Philippe III*. Pourrait-on tirer argument des textes qui affirment la continuité de la Coutume pour prétendre, comme certains auteurs du XIX^e siècle, que, par exemple, les dispositions romaines sur les baux à ferme reproduites par les articles 104 et 105 de la Coutume de Toulouse étaient observées sans interruption en Languedoc depuis le temps où Justinien les avait fait insérer au *Digeste* (14, 2, 3, 11) ?

(2) Nous ne parlons pas des redondances (*alienatio seu venditio, consilium seu assensus*) qui sont une forme du style de l'époque et qui ne cesseront, en français, qu'après Montaigne.

de la compétence ecclésiastique, le droit de 1286 fut rapidement inappliqué. Son premier commentateur, Cazevielh (1544), n'a absolument rien compris à un certain nombre de dispositions qu'il étudiait avec un esprit anachronique ; loin de les éclairer il les fausserait si on lui accordait trop de crédit, surtout sur l'un des points les plus originaux de la Coutume, la protection et les garanties de la femme mariée.

La Coutume de Toulouse, aux différents titres des contrats, des sûretés, du régime matrimonial et des fiefs, attache une grande importance aux garanties dont bénéficie la femme pour sa dot, importance que n'avait marquée jusque là aucun document du même ordre.

Cet intérêt subit porté à la question est probablement une imitation de l'esprit du droit de Justinien, l'*Imperator Uxorius*. Les Toulousains organisent à son exemple la protection de la femme, mais sans imiter servilement et surtout sans déroger au droit commun méridional sur la capacité de la femme. Ils laissent harmonieusement subsister les deux principes, souvent contradictoires, de capacité et de garanties, en mettant à la base de leur droit matrimonial l'idée que la femme ne sera garantie que quand elle sera lésée. L'exercice normal de sa capacité, qui, contractuellement, n'a pas de limites, lui enlève tout droit à être protégée.

Cette protection de la Coutume se manifeste par la consécration ou l'organisation de trois systèmes de garanties, qui peuvent prendre leur source dans le contrat ou dans la loi ; dans le second cas ils pourront consister parfois en une mesure conservatoire judiciaire, mais toujours la femme sera protégée par un privilège légal, à condition toutefois qu'elle soit en droit d'exercer ses sûretés.

I. *Les garanties contractuelles*

La différence de situation entre la dot pécuniaire et la dot immobilière n'a pas échappé à la Coutume qui, relativement à la première, fait allusion à deux procédés de garanties (*concessio dotis* et caution). En outre dot mobilière et dot immobilière sont l'objet d'une garantie générale commune, et d'ailleurs non dotale, l'*obligatio omnium bonorum*, née de l'*instrumentum publicum*.

1° **La *concessio dotis*.** — Notre texte, qui s'attache en maints endroits aux effets des obligations, néglige par ailleurs d'exposer les modes de contracter, comme si on les supposait connus : toutefois il est amené, en étudiant le droit spécial des *homines de corpore* (3), sorte de serfs personnels, à envisager l'existence d'un contrat sur la dot entre le mari et la femme ; article 153 : *si aliquis homo de corpore et casalagio laudaverit sive concesserit uxori sue super bonis suis, nomine dotis vel dotalicii... aliquam summam pecunie sine assensu et consilio expresso domini sui cujus est homo, quod talis concessio dotis non facit prejudicium dicto domino*. La Coutume consacre ainsi la possibilité d'une clause contractuelle de *concessio dotis* pour les hommes libres ; pour les hommes de corps, elle exige seulement en plus l'*assensus domini*, dont l'effet est d'engager celui-ci à respecter et à subir les conséquences de la convention. Le maître du serf a ainsi la possibilité de sauvegarder ses biens de main-morte.

L'expression *concedere dotem super bonis suis* est bien

(3) Le serf peut acheter valablement le fief tenu par un tenancier roturier ; cette tenure servile prend alors le nom de « caselage ». Voir H. Richardot, *Le fief roturier à Toulouse* (R.H.D., 1935, p. 319).

vague. Cette opération peut n'être qu'une reconnaissance de dot fictive, un assignat de *sponsalitium* (4), mais elle peut être aussi et en même temps, un procédé d'exécution immobilière. Malheureusement, les actes que nous connaissons ne se réfèrent à aucun procédé de garantie, se bornant à prévoir au profit de la veuve éventuelle le droit de vendre des biens successoraux jusqu'à paiement du chiffre de la dot : le contrat qui nous paraît le plus typique est la charte matrimoniale de Bernard-Raymond « de Veteri Tolosana » et d'Etienne, fille de Rixinde (5). La femme apporte en dot des maisons, des terres plantées en vignes, des revenus de fiefs, un lit avec sa literie complète, et 150 sous toulousains ; le mari, de son côté, lui restitue tous ces apports non pécuniaires et lui donne un augment de dot de 100 sous toulousains. Voici la clause relative aux garanties : *si tamen tu, Stephana, supravixeris mihi Bernardo Raymundo marito tuo, quos predictos CL solidos tolosanos et jamdictos C solidos tolosanos, ego laudo et dono ac concedo tibi Stephane uxori mee super totum illud medium arripentum maillollum cum terra in qua est, quod habeo ad Restacanum inter*

(4) Fonds de Malte, Prieuré de Toulouse, liasse VII, n° 56, 3^e acte : *Notum sit cunctis quod... Bernardus Furnarius sua propria et bona voluntate de dit et concessit et mandavit et convenit dare Petrone uxori sue CCC sol. tol. bonorum monete septene pro tota sua voluntate facienda scilicet ipsius Petrone, si ipsa superviveret eundem Bernardum Furnarium. Et ibidem Bernardus Furnarius mandavit et convenit dare in dote eidem Petrone uxori sue CCC sol. tol. quos convenit ponere et mittere et dare super omnes suos honores et super omnia bona sua mobilia et immobilia que habebat vel habiturus erat.*

Ibid., 4^e acte : *Notum sit cunctis quod Bona filia Bernardi Furnarii, qui fuit... venit ad finem et concordiam cum Petrona sua noverca quondam uxore predicti Bernardi Furnarii. In qua concordia predicta Bona... recognovit quod bene sciebat, quod Bernardus Fornerius, pater ejus... concessit eidem Petrone uxori sue CCC sol. tol. bonorum... ad momentum de eorum matrimonio. Hoc ita recognito... dimisit eidem Petrone... totum hoc quod habebat, scilicet in illa domo... et in illo furno etc... (année 1213). Cf. Chap. II, note 35.*

(5) Fonds de Malte, Prieuré de Toulouse, liasse VII, 2^e acte.

maillolem Vitalis Bayna et maillolem Bonneti Poncii et census de honore Petri de Revigani usque ad carrieram publicam, ita videlicet quod inde habeas et trahes et recuperes tuos predictos CCL solidos tolosanos ad totam tuam voluntatem faciendam si tamen tu Stephana, uxor mea, supravixeris mihi Bernardo Raymundo et habeas et recuperes tuum lectum predictum cum melioribus pannis quos tunc haberimus et si forte contingit me Bernardum Raymundum morri ante te Stephanam, uxorem meam, pono ac statuo quod meus heres, vel mei heredes, in anno habeant tibi redditos predictos CCL solidos; quos si non haberit, habeas, domina tu Stephana, uxor mea, licentiam et liberam facultatem de predicto maillole cum terra in qua est vendendi et impignorandi vel alio modo alienandi et quidquid tu Stephana, uxor mea, aut tuum ordinium inde feceris ad tuam predictam pecuniam recuperandam sit firmum, etc... Dans quelques actes de vente il est indiqué que l'aliénation est faite par la veuve en vertu d'une permission du mari défunt; tel est le cas de la vente d'une *medalata* à Pons de Capdenier par Isabelle, femme de Jean Cambe (6) : *Notatum sit quod pro illo posse et licentia quam Votanus Camba dedit fratri suo Johanni Camba vendendi omnes illos honores et res quas insimul habebant*

(6) Cartulaire de Capdenier, f^{os} 87 v^o, 88 r^o, 1226; cf. pour la restitution d'un *sponsalitium*, *ibid*, f^{os} 162 v^o, 163 r^o : *Propter illam licentiam et propter illud posse quod Guido dederat Thome uxori sue vendendi seu impignorandi seu ad feudum dandi vel impignorandi tantum de suis honoribus et bonis donec habet recuperatos in illos M sol. tol. quos ei laudaverat nomine matrimonii et propter illam licentiam et propter illud posse, domina Thoma vendidit Poncio de Capite Denario unum mansum, etc...* (1226).

Dès 1176 on trouve un document général qui parle indirectement de l'exécution des contrats de mariage et de restitution de la dot; il s'agit du jugement contre Babylonie (Cartulaire du Bourg, p. 329). Les juges y décident *quod si Forto de Mollivernata aliquid habuerat de Babylonia uxore sua vel per eam, illud esset de Fortone et totam illam donationem quam Babylonia ei faceret, haberet Forto pro sua voluntate, ita quod Babylonia aliquid de hoc non haberet neque recuperaret neque petere posset.*

sicut in instrumentis illius doni quod Helias Barraus scripsit, et pro illo posse et licentia, quam dictus Johannes Camba dedit domine Isabelle, uxori sue, vendendi scilicet vel aliter alienandi suos honores et bona ad dotem suam recuperandam, sicut in instrumento quod Arnaldus Barraus mihi scripsit continetur, pro predicto posse et licentia predicta, domina Isabella vendidit et vendendo solvit et dimisit Poncio de Capite Denario et ejus ordinio totam illam medalatam.

2^o **La fidejussio.** — On sait que le droit de Justinien avait interdit la constitution d'une caution pour assurer la restitution de la dot (7). Nous avons vu, d'autre part, que la pratique méridionale l'employait parfois, jointe à d'autres sûretés. La Coutume de Toulouse consacre un article spécial à cette garantie (l'article 116) et marque bien son désaccord sur ce point avec le droit du Code en insistant sur les termes *potest mulier recipere fidejussores et valet obligatio fidejussoris de consuetudine Tholose* (8).

Cette garantie n'existe que pour les dots constituées en argent ou en une quantité estimée de choses fongibles. La Coutume prend le soin de dire que, du fait de son cautionnement, la femme ne pourra pas exercer son privilège contre la caution, donc qu'elle sera primée par les créanciers personnels du *fidejussor*, n'étant elle-même que simple créancière (*tanquam creditrix*).

Pour donner un exemple du style de Cazevielh, citons sa glose de l'article 116, qui, si elle ne témoigne pas d'une

(7) 1, 2, C. *Ne fidej. dot. dentur*, 5, 20.

(8) Article 116, *Si aliqua mulier dederit marito suo in dotem aliquam summam pecunie seu quantitatem, quod pro illa dote recuperanda, et ut eam possit habere salvam, potest recipere fidejussores et si receperit, valet obligatio fidejussoris de consuetudine Tholose. Ob hoc tamen non habet privilegium dotale super bonis dictorum fidejussorum ipsa mulier, sed habet actionem in ipsos fidejussores et eorum bona tanquam creditrix.*

grande finesse d'analyse, fait preuve au moins d'excellentes qualités morales : *Ista consuetudo est bona et optima pro mulieribus, quamvis de jure communi talis fidejussio non debet dari neque praestari de dote recuperanda. Tamen vidi quam plurimos homines de extraneis partibus et etiam de Tolosa... qui ab initio videbantur boni, docti, diligentes, gratiosi, affectionati ad maritandum filias et qui postea dotes consumebant* (9). A un autre endroit le bon Cazevielh veut parler aussi de la caution ; malheureusement, il la mêle avec l'*assignamentum* et la présente non comme une disposition contractuelle, mais comme une mesure judiciaire, puisqu'il considère par ailleurs l'*assignamentum* comme n'étant que cela : *Ista consuetudo (l'assignamentum) est ad similitudinem consuetudinis de qua superius habet titulum de dotibus (cons. IV), que dicit quod mulier, vel alius qui dat dotem, possunt petere quod maritus det fidejussorem contra dispositionem Codicis, similiter, potest petere ut dos sibi assignet...* (10).

Il est vrai qu'avec l'application croissante du droit de Justinien la caution a été de moins en moins employée comme garantie et ses effets de moins en moins connus. Toutefois, François François, bon commentateur et bon juriste, nous dit, en 1615, sur le même article : « Et ores ne soit la caution civilement admise... quand elle est baillée par le mary et acceptée par la femme, son obligation demeure, comme celle des cautions baillées par le tuteur testamentaire, sans toutefois qu'on aye égard à son privilège contre la caution de dot baillée par

(9) Cazevielh, *Consuetudines Tolose, De dotibus*, IV, glose *Item*. Certains auteurs, et non des moindres, écrivent Casevielle, mais nous avons préféré adopter l'orthographe romane.

(10) *De assignamentis uxorum*, glose *noverint*.

le mary contre laquelle la femme ne peut agir que comme simple créancière, au préalable faite discussion contre le principal : *dotis enim privilegium, tanquam personale non extenditur ultra bona mariti, quod neque transit ad viri vel mulieris haeredes, nisi ad filios jure filiationis, non haereditario, nempe uxoris in actione de dote, viri in casu restitutionis. Obligantur fidejussoris haeredes jure communi, cum transeat ad eos haereditas cum suo onere, quod non fieret ratione privilegii* (11) ».

3° La femme bénéficie enfin d'une troisième garantie contractuelle pour sa dot, celle qui résulte de l'acte notarié, c'est-à-dire **l'obligatio omnium bonorum** : art. 109 : *si uxor dedit in dotem marito suo terras aliquas vel fundos cum instrumento publico, ut est moris... alia bona mariti que habet vel habiturus est sunt ipsi uxori pro dote obligata*.

Ainsi toute obligation notariée emportera garantie quand bien même l'objet de l'obligation, en l'occurrence la dot immobilière, se passerait de garantie. Mais dans ce « moule à sûreté générale » qu'est l'*instrumentum publicum* de la fin du XIII^e siècle, et des siècles suivants, on va tout couler, indistinctement, car devant les nouvelles valeurs juridiques les valeurs anciennes s'estompent.

II. Les garanties judiciaires et légales

Dans la Coutume de Toulouse la femme n'est pas seulement garantie par l'effet de sa volonté, mais également par la Coutume elle-même ; c'est dans ce magnifique monument juridique qu'apparaît pour la première fois dans le Midi la notion d'une protection judiciaire

(11) Les *Coutumes de Tholose*, avec les observations de François François, p. 30 et suivantes.

et légale de la femme, certainement *propter inbecillitatem sexus* et certainement aussi sous l'influence des premiers Glossateurs. La femme a besoin d'être protégée contre son mari et contre les créanciers de celui-ci. Elle peut également se trouver en concours avec le *dominus feudi* du mari sur les fiefs (dans le sens toulousain du mot, cf. note 3).

Nous allons étudier tour à tour les rapports de la femme avec chacun de ces adversaires éventuels contre lesquels elle est protégée par des garanties judiciaires et légales.

1° Rapports de la femme et du mari. — Assignamentum. Indépendamment des garanties contractuelles qui lient le mari à la femme pour assurer la restitution de la dot, la Coutume permet à la femme, dans l'esprit de protection dont elle fait preuve, d'en appeler à l'autorité judiciaire pour accroître les garanties déjà existantes ou pour les créer en l'absence de contrat de mariage.

La Coutume parle, pour justifier ses dispositions, d'un usage dans ce sens dès longtemps établi, mais les documents de l'*Histoire de Languedoc* relatifs aux compétences des Consuls, magistrats intervenant (12) pour la protec-

(12) Ainsi que le Viguiier, mais plus tard. Le Viguiier du Comte semble n'avoir eu qu'un rôle assez effacé. Avec l'annexion à la couronne et la fusion des deux juridictions le Viguiier devint supérieur aux Consuls. Le rôle du Viguiier semble avoir été du temps des Comtes celui d'une sorte de « Ministère Public » si l'on peut dire : *Propter illud iudicamentum quod consules tolosane urbis et suburbii domine Arnalde dederant recuperare predictos C sol. tol. de bonis et rebus Bernardi-Atonis ejus mariti, sicut in carta illius iudicamenti, quam Raymundus Donatus scripsit, continetur et propter illud donum et solutionem quam Durantus de Sancto Burcio, quondam Vicarii istius ville Tolosane pro domino Raymondo Tolosano comite et pro se, eidem domine Arnalde de bonis et rebus Bernardi Atonis mariti sui fecerat sicut in carta illius doni et solutionis quam Wilhelmus scripsit continetur, Arnalda vendidit etc.* Cartulaire de Capdenier, f^{os} 97 v^o, 98 r^o, année 1227. Il ne s'agit pas dans cet acte d'un *assignamentum*, mais d'une restitution anticipée de la dot, dont la cause est peut-être l'adultère du mari (Cf. Coutume, art. 113 et 119 et ci-dessus, note 6) mais plutôt, croyons-nous, une confiscation des biens du mari par l'autorité publique.

tion de la femme, ne font aucune allusion à cette intervention. Les Consuls de Toulouse avaient effectivement sous leur protection les êtres faibles : mineurs, fugitifs, débiteurs, dès les premiers temps de la ville. Il est fort probable que sous l'influence du droit romain, mais seulement à ce moment là, la femme mariée a été rangée parmi les êtres faibles.

En quel cas la femme peut-elle obtenir un supplément de garantie sous le nom d'*assignamentum* ? L'article 118 (13) se borne à dire : *assignamenta, que fiunt uxori- bus in bonis maritorum*. Mais il parle aussi de citation en justice, de défense du mari. Il doit donc y avoir litige à la suite de faits du mari mettant la dot en péril ; il s'agit d'une procédure sommaire dont le résultat sera la sauvegarde de la dot pour en assurer éventuellement la restitution intégrale à la dissolution du mariage (14). Cazevielh (15) explique que les motifs qu'a la femme pour demander un *assignamentum* sont *quia timeretur de fuga mariti, vel in casibus notatis per glosam in L. II sol. mat. et si constante* (16). Il est peu probable que la Coutume se soit tacitement rapportée à la Glose pour éclairer ses dispositions, mais il est vraisemblable qu'il y

(13) Article 118. *Assignamenta que fiunt uxori- bus in bonis maritorum per consules Tholose pro necessariis, dotibus et dotaliis, seu etiam alimentis suis, viventibus maritis, debent fieri ipsis maritis per Consules evocatis vel per Vicarium, si primo fuerit aditus, si ipsi mariti presentes sint et ipsis auditis si venerint; qui si quidem mariti presentes censentur et pro presentibus habentur quantum ad talia assignamenta facienda illi qui sunt in civitate vel diocesi Tholosana; si vero talia assignamenta ipsis maritis non vocatis per Consules vel citatis, non habeant talia assignamenta roboris firmitatem sed si ipsi mariti extra Tholose diocesim fuerint, valent dicta assignamenta, maritorum absentia nonobstante.*

(14) Cf. Fors de Béarn, article 254 : « Jugent le seigneur et la Cour majour dans le procès qui était entre Ena Condor de Santa Croiz contre Guilhem Bertrand, la dite femme demandant que sa dot lui fut rendue, qu'il lui fut donné les aliments nécessaires, ou que les biens sur lesquels elle était entrée lui fussent assignés et saufs ».

(15) *Op. cit.*, eod. loco.

(16) C. 5, 18 et eod. tit., L. 11.

a un rapport entre la Coutume et la législation romaine, ne serait-ce que par la similitude de situation, et que la femme est fondée à recourir à la justice *ex causa inopiae viri, vel ex ejus culpa vel ex aliquo infortunio*.

Lorsque l'*assignamentum* est prononcé, il garantit les *necessaria* et les aliments de la femme, ainsi que sa dot et son *sponsalitium*. Il ne fait pas de doute qu'il s'agit ici de la dot mobilière ; c'est bien dans ce sens que l'entend Cazevielh lorsqu'il écrit : *Assignatio super aliquibus bonis immobilibus pro conservatione dotis... quando constituitur dos et solvitur in pecunia, vel in rebus mobilibus*. Malheureusement, le motif qu'il donne de cette situation est un argument anachronique et sans portée ; il explique en effet que *si in rebus immobilibus, satis est dos assignata ; tales enim res dotales non possunt alienari* (C. de fundo dotali). Nous avons suffisamment montré, au contraire, que dans la Coutume l'aliénabilité par les deux époux conjointement est la règle. Si la dot immobilière ne justifie pas la requête en *assignamentum*, la cause en est que dans l'esprit de la Coutume et dans la pratique elle n'avait pas à être garantie.

Ainsi lorsque la dot mobilière est en péril, la femme sera fondée à saisir l'autorité judiciaire : la Coutume laisse à la femme la possibilité de saisir soit les Consuls soit le Viguiers. Cette disposition est intéressante, car elle est contraire à l'Ordonnance de 1283 (17) rendue à Nîmes par Philippe III et qui créait sous le nom de « Cour Commune » un Tribunal unique avec certains Consuls pour membres et le Viguiers pour Président.

Le lieu de résidence du mari déterminera la marche de la procédure ; s'il demeure à Toulouse ou dans le diocèse

(17) Ordonnances des Rois de France, II, 109, 110.

de Toulouse (qui, à cette époque, était cinq fois plus étendu qu'en 1789) il devra être régulièrement cité, cette citation étant alors d'ordre public. Il viendra, s'il veut présenter sa défense. S'il demeure en dehors du diocèse, l'action pourra se passer sans citation préalable.

Telle est la procédure commune des *assignamenta*, mais elle sera légèrement modifiée lorsque il s'agira d'un homme de corps ; dans ce cas le maître du serf devra être également cité ; article 153 : *si uxor hominis de corpore... se fecerit assignari pro sua dote super bonis mobilibus et immobilibus dicti mariti sui, cui assignamento dictus dominus dicti hominis assensum non prestiterit nec etiam vocatus in iudicio ab illo qui dictum assignamentum fecerat, quod... tale assignamentum non facit prejudicium dicto domino.*

Le Roi de France réserva un article de la Coutume, (numéroté 120 a (18) dans l'édition Tardif) qui organisait un *assignamentum* spécial lorsque le mari avait encouru par jugement du Roi la confiscation de ses biens : après la condamnation, le Viguiier devait recueillir l'intégralité du patrimoine des deux époux ; tant que le mari vivait, il devait payer à la femme une rente évaluée par les Consuls après enquête (*secundum cognitionem Consulum*) ; au décès du mari le Viguiier devait restituer la dot à la femme.

(18) Article 120 a : *Si bona alicujus qui habeat uxorem confiscata fuerint Domino Rege pro incurso et uxor petierit dotem suam et necessaria vel unum ex istis cum vir vivat, et de Consuetudine Tholose Vicarius accipiat universa bona, scilicet dotem et alia, et ipsa faciat solutionem, salvo jure suo in suis necessariis dum vixerit, et in dotem si supervixerit viro ; et Vicarius assignet mulieri unde habeat sua necessaria que habeat secundum cognitionem Consulum. Et si viro suo supervixerit, persolvat Vicarius vel Dominus Rex ex dote mulieris, et deinde non faciat sibi necessaria.*

Il est très probable que le roi de France réserva cet article pour affirmer sa volonté d'user comme il le voulait, et sans être lié par un texte, de son droit de grâce.

L'*assignamentum* portera, à notre avis, sur l'ensemble des biens du mari ; la Coutume ne parle jamais de l'*assignamentum* « *super aliquo honore* », mais toujours sur une universalité patrimoniale : les immeubles, les meubles (article 153), les créances (article 96).

Quels sont les effets de l'*assignamentum* ? Pour nous, l'*assignamentum* de la Coutume de Toulouse ne donne à la femme qu'un droit à la perception des fruits et ne transfère pas la propriété des biens assignés ; l'article 120 *a*, (réservé il est vrai, mais le membre de phrase que nous citons n'a été pour rien dans le *non placet* royal), dit que *Vicarius assignet mulieri unde habeat necessaria*, l'article 153 (19) fait allusion à la perception des fruits ; nulle part dans la Coutume il n'est question d'un droit de propriété ou même d'un changement de nature qui rendrait le propre du mari immeuble dotal ; on ne comprend pas d'ailleurs pourquoi il en serait ainsi, puisque, par argument *a contrario* de l'article 96 (20), le consentement de la femme est exigé pour les aliénations du mari. Lorsque Cazevielh se pose la question de savoir si l'*assignamentum* transfère la propriété du ou des biens assignés il la résout par la négative : *Et an per talem assignationem transferatur dominium, crederem quod non, juxta decisionem Barthol. in repetitione*.

En ce qui concerne les meubles et les créances, il est hors de doute que l'*assignamentum* a pour effet d'en faire des biens dotaux, ou plus exactement de les immo-

(19) *Si forte dictus dominus occupet honores dicti casalagii, in toto vel in parte, non debet ipsa mulier ratione dotis vel assignamenti predicti recuperare dotem... de fructibus dependentibus a tempore dicte occupationis citra, quos fructus dictus dominus ad manum suam miserit aut sibi retinuerit.*

(20) Article 96 : *Quilibet potest vendere et donare et alieno modo alienare ad suam voluntatem debita sua que sibi debentur et res suas mobiles, sine consilio et voluntate uxoris sue, nisi tamen ipsa uxor primo fuerit in illis debitis vel rebus mobilibus et immobilibus assignata.*

biliser (ce qui, rappelons le, au cours du mariage était la même chose). C'est ainsi qu'il faut entendre l'article 96 : *quilibet potest alienare... debita que sibi debentur et res mobiles suas sine consensu uxoris nisi tamen uxor primo fuerit assignata in illis debitis vel rebus mobilibus et immobilibus*. L'*assignamentum* immobilise les meubles en ce sens qu'il retire au mari le droit de les aliéner seul et les soumet ainsi au même régime que les immeubles. François François traduit *nisi tamen uxor fuerit primo assignata* par « sinon que les meubles lui fussent assignés pour l'assurance de sa dot, sans que le mari les puisse retirer ni employer au préjudice et contre le vouloir d'elle ». En fait, ce n'est pas l'assignation de la dot sur les meubles qui produit ce résultat, mais l'*assignamentum in debitis vel rebus mobilibus et immobilibus*, c'est-à-dire une mesure conservatoire sur une quelconque universalité patrimoniale.

2° Concours de la femme et des créanciers du mari : *Primaria; potioritas*. — Ces créanciers peuvent être des créanciers ordinaires ou être eux-mêmes pourvus d'une garantie spéciale ; mais cette différence n'a pas d'importance, car la femme est une créancière privilégiée, qui, lorsqu'elle n'a pas perdu son droit, peut l'exercer quel que soit le titre de son adversaire. C'est bien dans ce sens que l'entend l'article 71 qui, traitant de la subrogation au privilège dotal, dit : *Si aliquis habens uxorem contraxerit aliqua debita sine uxore cum aliquo creditore, et contraxerit alia debita cum uxore sua simul, quod ille creditor cui mulier est obligata est potior pro suo debito in bonis mariti sui illis quibus mulier non est obligata, quamvis illi creditores quibus mulier est obligata sint ultimi, et quamvis ipsi creditores quibus uxor non est obli-*

gata ceperint poderagium ratione dictorum debitorum in aliquibus bonis mariti.

Cette disposition montre toute la force de la garantie de la femme qui, par son simple concours à l'obligation, permet à un créancier ordinaire subrogé de passer avant des créanciers nantis de la sûreté la plus rigoureuse que connaisse la Coutume, le *poderagium*.

La meilleure définition que l'on puisse donner de cette curieuse institution est encore celle de Cazevielh (21). *Non reperitur istud vocabulum in jure, sed credo quod... erat vulgare Tolosanorum... Poderagium erat quaedam prerogativa quae faciebat illum creditorem qui receperat poderagium vel bannum a domino feudi, si res obligata tenebatur in feudum sei in emphiteosim, vel si erat libera, a Vicario Tolosae, talis creditor erat potior in illa re super qua receperat poderagium aliis creditoribus etiam prioribus tempore non obstante regula : prior tempore, potior jure ; et hoc, in vim hujus consuetudinis.*

Le *poderagium* porte sur des immeubles et sur des meubles (article 111).

Son but est de donner à l'obligation son maximum de puissance et à la garantie son maximum d'efficacité mais comment cette institution y parvient-elle, en d'autres termes quels sont sa nature juridique et ses effets ? Brissaud (22) n'y voit qu'une variété terminologique

(21) Titre de *poderagiis et bannis*, glose *poderagium*. Bartole (*L. si ita, ff de auro et argento legatis*) et après lui Cazevielh veulent voir dans ces mots une évolution — combien curieuse pour le philologue — du mot *pondus*. Il est beaucoup plus vraisemblable qu'il faut voir dans ces vocables la forme languedocienne *poder* latinisée à l'aide de la désinence bas-latine *agium* (classique : — *aticum*). Le sens étymologique du mot est « pouvoir » matériel ou juridique et non « potiorité » comme le traduisent les commentateurs. Le mot exprime bien plus une idée de main-mise que de droit de préférence.

Du Cange définit le mot *poderagium* par les propres termes de la Coutume de Toulouse et ne donne pas d'autre référence.

(22) *Manuel*, p. 540, note 6.

du gage et du gage à l'origine, c'est-à-dire non seulement avec dépossession, mais encore avec la propriété et la saisine.

D'autres (23) y voient une variété de l'obligation spéciale. Nous n'hésiterons pas à conclure formellement dans ce sens ; l'autre explication serait, sans aller plus loin, en contradiction avec l'article 130, qui signale l'existence d'un *pignus cum consilio domini feudi* et l'étudie en fonction de son rang par rapport au *poderagium* (24).

D'autre part, ce *poderagium* présente tous les caractères de l'obligation spéciale de la Coutume de Montpellier (25) ou de Beaumanoir (26) ; il nécessite le consentement du seigneur, prime l'obligation générale et donne le droit de suite. La Coutume le dit bien, puisqu'elle décide que le créancier à *poderagium* prime le créancier gagiste ; or, cela ne se peut, puisqu'il y a eu, avec le gage, dépossession, transfert de propriété et ensaisinement, que par l'exercice d'un droit de suite.

C'est en présence de ce redoutable créancier que va se trouver la femme. Elle n'a toutefois rien à craindre de lui, car elle bénéficie, conformément au droit romain, d'un privilège légal tacite exposé et défini dans l'article 110 (27). Les mots *si illa (poderagia) data sunt*

(23) Par exemple E. Meynial dans son *Cours de doctorat d'Histoire du droit privé*, 1929-1930.

(24) Cf. ci-dessous note 40.

(25) Cf. ci-dessus Chap. II, note 21.

(26) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, 1597. Bouteiller, *Somme rural*, I, 25 ; Toulouse, article 130 ; cf. note 40.

(27) Article 110 : *Illi qui receperunt poderagium pro debitis suis in re feudali cum dominis feudi preferuntur aliis creditoribus, quamvis et alii creditores sint priores tempore. Tamen uxores preferuntur in bonis mariti tantum pro dotibus suis et dotaliis et necessariis vel pro debitis in quibus sunt una cum marito obligate non obstantibus poderagiis supradictis, si illa data sunt constante matrimonio.*

Les Fors de Béarn consacrent une solution un peu différente : Article 257 « Jugea la Cour que femme étant avec mari et ayant lignage, ne peut empêcher, sous prétexte de sa dot, que le seigneur ne fasse droit aux plai-

constante matrimonio signifient probablement que la Coutume a voulu s'en tenir au stade antérieur à l'année 531. Mais elle ne dispose dans ce sens qu'en ce qui concerne les créanciers qui ont reçu un *poderagium*, et qui, s'ils sont antérieurs au mariage, primeront la femme. Les commentateurs (28) ont pensé qu'il ne pouvait y avoir là qu'une exception voulue à la loi *Assiduis*, eu égard à la puissance du *poderagium* et que la femme primerait les créanciers ordinaires même antérieurs au mariage. Nous ne serions pas éloigné de penser, d'ailleurs, que les rédacteurs de la Coutume se sont tacitement rapportés à la loi *Assiduis* pour le droit commun et que les mots *si illa data sunt constante matrimonio* ne doivent pas être étendus aux obligations ordinaires et aux sûretés en résultant.

Le *poderagium*, comme l'hypothèque romaine, peut être également donné sur les meubles, mais alors la garantie de la femme s'analysera surtout en un droit de préférence : la tradition du meuble mettra obstacle au droit de suite, à moins que la femme n'ait dénoncé à temps, c'est-à-dire avant la tradition, son droit et fait connaître au créancier son intention d'intervenir (29).

La Coutume règle un point spécial : la femme pourra se trouver en concours avec le créancier qui a obtenu un *poderagium* sur un immeuble acquis en remploi d'un

gnants sur les biens de son mari ». Article 258 : « Toutefois, quand le mari est mort et qu'elle n'a pas d'enfants, peut défendre contre les créanciers des biens de son mari jusqu'à ce qu'elle ait sa dot sauve ».

(28) Cazevielh, *op. cit.*, glose *primariam*.

(29) Article 111 : *Poderagia data per eos qui ea dare possunt super bonis mobilibus alicujus, que mobilia fuerant pro dotibus et donationibus propter nuptias obligata, non dant dicta poderagia primariam alicui ante dotes et donationes propter nuptias, nisi dicte res vendite vel donate vel alienate fuerint, vel in solutum creditori date et tradite priusquam uxor dixerit seu denunciaverit jus habere in rebus predictis vel de rebus predictis moverit questionem* ».

immeuble dotal aliéné du consentement des deux époux. Cette hypothèse est envisagée dans l'article peut-être le plus confus de la Coutume, l'article 109 (30). En 1615 François François l'interprétait de la façon suivante : « Les créanciers qui prenoient saisine du seigneur d'un fief mouvant en sa directe, ou du Viguier sur allodial, acheté par le mari au remploi des deniers provenus du prix de la vente, par lui faite du consentement de sa femme, au fonds dotal à lui par elle constitué ès conventions matrimoniales et reconnu par acte public après ladite saisine, étaient préférés à la dot de la femme sur ledit fonds, non si la reconnaissance précédait la saisine ; auquel cas la femme était tant seulement préférée auxdits créanciers sur le fonds acquis du remploi de l'argent

(30) Article 109 : *Si uxor dedit in dotem marito suo aliquas terras vel honores cum instrumento publico, ut est moris, qui maritus postmodum vendidit eosdem, et post ea idem maritus emit aliquos honores, quibus emptis, creditores ejus ibi receperunt poderagium cum domino feudorum si a dominis teneantur, vel cum Vicario Tholose, si liberi exstunt et postea maritus fecerit cartam recognitionis uxori sue se habuisse in dotem ab ea predictos honores a se venditos et quod de pretio illorum emerat illos honores in quibus creditores poderagium receperant, quod standum est dicto poderagio seu poderagiis, non obstante recognitione predicta et prevalent dicte recognitioni facte post poderagium et in hoc casu creditores sunt potiores jure quam uxor in honoribus quibus poderagium sive poderagia data fuerant, ut est dictum. Hoc tamen intelligendum est quod propter consensum uxoris hujus alienationis facta marito de rebus dotalibus, uxor non videtur reliquisse dotem suam contra maritum, imo alia bona mariti que habet vel habiturus est sunt ipsi uxori penitus pro dote obligata. Et propter predictum consensum supradicte alienationi rerum dotalium non remanet quin eadem uxor habeat primariam ante creditores in bonis mariti.*

Si tamen constat per publica instrumenta res immobiles datas fuisse marito in dotem, et easdem res fuisse venditas a marito, et maritum precium habuisse, consentiente uxore, ante poderagium creditorum super quo recognitio mariti ante creditores nihil penitus operatur, super aliis vero standum est poderagio, non obstante sola recognitione facta uxori a marito, et prevalet poderagium creditoris recognitioni facte post poderagium, et in hoc casu creditor est potior jure quam uxor, in honoribus, quibus poderagium datum fuerat, ut dictum est.

Ubi vero per instrumenta publica vel aliter probat uxor res immobiles datas fuisse ab ea in dotem marito, et quod maritus illas res alienaverit ante poderagium creditori factum cum publico instrumento, et precium inde receperit, in hoc casu veritas negotii poderagio prevalet et uxor potior est de Consuetudine Tholosana.

provenu de la vente du fonds par elle constitué et sur les autres biens présents et à venir du mari » (31).

Bien que la Coutume ne vise l'existence d'un emploi que dans son premier paragraphe, il semble naturel de sous-entendre cette opération, comme l'a fait François François, dans les autres paragraphes. D'autre part, on peut tirer argument de la difficulté d'admettre un *poderagium* sur une somme d'argent (32) et également de la similitude d'expression dont use la Coutume pour parler dans son premier et dans son second paragraphe de la *recognitio* faite par le mari à la femme. Enfin les dernières phrases du paragraphe 2 : *super aliis vero standum est poderagio... et prevalet poderagium creditoris recognitioni facte post poderagium ... dictum est* sont une répétition du paragraphe 1 ; comme elles s'opposent à la première partie du paragraphe 2, on doit admettre que celle-ci s'oppose au paragraphe 1 et que, dans les deux cas, les situations juridiques sont les mêmes ; en d'autres termes, que toutes les hypothèses prévoient l'existence d'un emploi, que seule change la situation dans le temps de la *recognitio* par rapport au *poderagium*.

La règle posée par la Coutume se traduirait, à notre avis, de la façon suivante :

Lorsque le *poderagium* donné sur le bien acquis en remploi d'un immeuble dotal vendu par les époux conjointement est antérieur à la reconnaissance par le mari de l'origine dotale de ce bien faite par acte public, le *poderagium* du créancier prime le privilège dotal sur ce bien ;

(31) *Op. cit.*, p. 53, 54.

(32) Si l'on admettait cette hypothèse, que le texte à première vue semble admettre, l'interprétation que nous donnons sur les deux situations possibles de l'immeuble acquis en remploi vaudrait également pour la somme d'argent subrogée.

lorsque la reconnaissance de l'origine est antérieure à la constitution du *poderagium*, la femme conserve son privilège.

Un schéma fera mieux comprendre que toute explication les situations telles qu'elles se présentent :

1^{er} paragraphe :

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> a) Constitution de dot. b) Aliénation d'un bien dotal avec le consentement de la femme. c) Achat d'un immeuble en remploi. d) Constitution d'un <i>poderagium</i> sur le bien acquis en remploi. e) Reconnaissance par acte public de l'origine dotale de cet immeuble. | <p style="font-size: 3em; line-height: 1;">}</p> <p>Le <i>poderagium</i> sera opposable au privilège de la dot
(<i>recognitio post poderagium</i>)</p> |
|---|--|

2^e paragraphe :

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> a) Constitution de dot. b) Aliénation d'un bien dotal avec le consentement de la femme. c) Achat d'un immeuble en remploi. d) Reconnaissance par acte public de l'origine dotale de cet immeuble. e) Constitution d'un <i>poderagium</i> sur le bien acquis en remploi. | <p style="font-size: 3em; line-height: 1;">}</p> <p>Le <i>poderagium</i> sera primé par le privilège de la dot
(<i>recognitio ante poderagium</i>)</p> |
|---|--|

3^e paragraphe :

Toutes les fois qu'en l'absence d'actes publics de constitution de dot et d'aliénation de l'immeuble faite par le mari, la femme peut prouver par tous les moyens que l'immeuble sur lequel a été concédé un *poderagium* postérieur à la reconnaissance était acquis en emploi de deniers dotaux (33), la réalité du emploi (*veritas negocii*) l'emportera sur le *poderagium*. C'est dans cette disposition que se manifeste le mieux le caractère légal de la priorité de la femme, puisqu'ici son privilège s'exerce indépendamment de tout acte public : il prend naissance dans la dation de la dot et non dans la forme de l'acte.

Voici l'explication que nous proposons à l'article 109 : ainsi que nous le montrerons, l'aliénation d'un bien avec le consentement de la femme purge *ipso jure* ce bien de tout privilège dotal, de même que le bien acquis en subrogation réelle du bien aliéné. Sur ce nouveau bien libre de toute garantie le mari pourra seul concéder un *poderagium* qui aura un effet à l'égard de la femme, présumée consentante. Mais si le mari, avant le *poderagium*, reconnaît à la femme comme dotal le nouveau bien acquis en emploi, ce nouveau bien, par là même affecté à la garantie des droits de femme, est soumis au régime juridique de la fortune des époux. Le consentement de la femme au *poderagium* n'étant plus présumé, la vérité du emploi (*veritas negocii*) primera le *poderagium*. La reconnaissance faite par le mari et acceptée par la femme de l'origine du nouveau bien, interrompant les conséquences juridiques directes de l'aliénation du bien jadis dotal, redonnera leur valeur aux règles normales

(33) Cazevielh ne doute pas (*eod. tit.*, glose *noverint*) que la Coutume sous-entend ici la formule *consentiente uxore* qui est la règle dans tout le paragraphe.

de garantie de la femme inscrites dans la Coutume de Toulouse (34).

3° Rapports de la femme et du dominus feudi (35).

— Le *dominus feudi* peut, de même qu'il donne à un autre un *poderagium*, se retenir cette sûreté à lui-même (*sibi ipsi accipere* ou *retinere poderagium*). Il n'y a pas à proprement parler un privilège légal, ni un privilège contractuel, car il n'a pas besoin du consentement d'un débiteur : sa garantie naîtra d'une déclaration unilatérale de volonté. La garantie de la femme est tacite, la sienne est expresse ; la garantie de la femme est générale, la sienne est spéciale quant aux biens grevés (les biens sur lesquels il percevait ses redevances) et quant aux créances garanties, (ces mêmes redevances (36)).

Le *dominus feudi* va ainsi se trouver en concours avec la femme sur un même bien grevé de leurs privilèges respectifs. L'article 111 *b*, réservé, tranchait le litige dans l'intérêt du *dominus feudi* et décidait que le *poderagium* que se réservait le seigneur du fief primait tous les autres *poderagia* et le privilège dotal, s'il était antérieur

(34) Des gloses, souvent contradictoires de Cazevielh, il semble résulter une explication bien plus compliquée de cet article 109 : Cazevielh ne parle pas formellement de remploi dans les hypothèses 2 et 3, mais de *poderagium* sur les biens aliénés (gloses *ante poderagium* et *prevalet*) : *creditores obtinuerunt poderagium datum super rebus alienatis*. Cette hypothèse n'est pas absurde, car la Coutume admet l'existence d'un *poderagium cum consensu domini feudi*, sur un bien déjà aliéné *sine consensu domini feudi* (art. 129). Il faudrait, en conséquence, supposer que l'expression *uzor est potior jure* signifierait « l'acquéreur subrogé est préférable » au créancier à *poderagium* si la reconnaissance est antérieure. Malheureusement cette explication est invérifiable et le cas visé par l'article 129 ne devait pas être d'une pratique bien courante.

(35) Rappelons qu'à Toulouse *feudum* a eu un sens tout particulier et qu'il s'agit le plus souvent d'un fief roturier. Cf. note 3.

(36) Article 142 : *Quilibet dominus feudi sive feudorum potest et est sibi licitum propria auctoritate accipere poderagium seu poderagia et dare sibi ipsi primariam pre aliis in feudo suo seu feudis pro debitis et aliis in quibus est sibi feudotarius obligatus, quod obtinet roboris firmitatem nisi Rex sit de creditoribus*.

au contrat de mariage : *dominus feudi potest sibi ipsi in feudo dare et retinere poderagium pro debito quod feudotarius ei debet et quod illud poderagium valet etiam ante dotem uxoris qui post predicta debita et poderagia est eidem uxori constituta.*

L'abrogation de l'article 111 *b* a eu pour effet de transformer la *primaria* du *dominus feudi* en *poderagium* ordinaire. Mais, même si cette abrogation n'avait pas eu lieu, le *dominus feudi* n'aurait été à l'égard de la femme qu'un créancier à *poderagium* comme les autres, primant le privilège dotal pour les créances privilégiées antérieures à la constitution de dot.

Pourtant, dans un cas spécial, la femme épouse d'un serf verra sa garantie anéantie par une garantie préférable, celle du *dominus* du mari, si celui-ci est *homo de corpore* ; mais encore faudra-t-il que le maître du serf ait matériellement occupé les biens qui devaient servir de garantie à la femme : *non debet ipsa mulier ratione dotis recuperare dotem suam de honoribus casalogii quos dominus occupavit* (37).

III. Comment la femme perd-elle ses garanties ?

Nous avons signalé la coexistence dans la Coutume de deux règles qui sembleraient pourtant contradictoires : l'entière capacité de la femme mariée, d'une part, conforme au droit médiéval, et, d'autre part, le système compliqué de garantie qui protège la femme comme s'il s'agissait d'un incapable. Ces deux principes s'équilibrent en fait parfaitement ; on peut dire que la présomption d'*imbecillitas* qui pèse sur la femme et dont résultent

(37) Article 153.

les garanties, ne protège la Toulousaine que contre les actes de son mari et non contre ses actes à elle ; tout acte juridique effectué par les deux époux conjointement purgera la garantie dotale contractuelle ou légale, par le consentement de la femme à un amoindrissement immobilier ou pécuniaire du patrimoine commun. Il n'y aura donc pas perte de la garantie, mais dessaisissement du bien sur lequel elle pourrait porter, par rapport à la femme ou à l'acquéreur ; par rapport au créancier commun il y aura une subrogation au privilège.

1° Concours de la femme aux aliénations. — L'article 96, souvent cité, décide, *a contrario* et conformément au droit commun, que le concours de la femme est requis pour les aliénations de propres du mari ; il est très vraisemblable que l'effet de ce consentement est de priver la femme du droit de venir par la suite chercher noise au tiers acquéreur.

L'article 111 prévoit que le silence, emportant présomption de consentement à une aliénation de meuble par le mari seul, rend cette aliénation opposable à la femme.

L'article 103 est formel et décide que l'aliénation de biens dotaux effectuée par les époux conjointement dessaisira la femme du droit d'exercer ses garanties relativement à l'immeuble dotal aliéné *quamvis etiam non renunciaverint ipsi venditores vel alter eorum, alicui juri suo generaliter vel expresse*.

2° Concours de la femme à l'obligation ; subrogation au privilège dotal. — La Coutume pose d'abord, dans son article 68 (38) le principe que la femme est

(38) Article 68 : *Uxores se possunt obligare creditoribus cum maritis seu pro maritis ad debitum seu debita solvenda et tenentur et sunt obligate*

capable de s'obliger avec son mari, et que cette obligation sera exécutable même en l'absence de renonciation au Velléen sur les biens de la coobligée à défaut de biens du mari.

Les effets de la subrogation de plein droit au privilège dotal sont différents suivant que la femme n'est pas ou est obligée à l'égard des autres créanciers en concours avec elle : si elle n'a subrogé par le fait même de son obligation qu'un créancier, c'est-à-dire si elle n'est débitrice que vis-à-vis de lui, la subrogation aura un effet tel que, grâce à elle, un simple créancier ordinaire primera un créancier à *poderagium* qui aurait sa garantie sans le consentement de la femme (39). Mais si la femme a contracté avec plusieurs créanciers successivement, tous étant également privilégiés, l'ordre normal des garanties reprendra sa valeur et le créancier à *poderagium* primera le créancier ordinaire (40). La femme aura bien une action contre son mari et contre les créanciers personnels de celui-ci à raison des obligations communes ; mais son recours pourra être rendu vain par la disparition de la fortune du ménage que son consentement aura fait passer entre les mains des créanciers et des acquéreurs.

On voit ainsi comment le droit local avait encore assez

ad solutionem inde faciendam de bonis suis, in defectu bonorum suorum maritorum et valet eorum obligatio et obtinet firmitatem quamvis in obligatione non prestiterint juramentum, nec specialiter aut generaliter renunciaverint juri suo.

(39) Article 71, cité ci-dessus p. 61.

(40) Article 130 : *Item... quod si aliquis debitor et uxor sua pro debito quod debet maritus obligaverint aliquem honorem suum feudalem de consilio domini feudi alicui creditori suo cui dictum debeat debitum, habet primariam et potioritatem in dicto honore dictus creditor, pro suo debito supradicto, ante alios creditores quibus dictus debitor et uxor sua fuerint pro dictis debitis obligati ; non habentes ipsi creditores poderagia nec concessionem seu laudamentum domini feudi in suo feudo ratione dictorum debitorum. Nec prejudicat dicto creditori qui habet pignus de consilio domini, licet aliud debitum prius sit tempore, pro quo debito dominus feudi prius non dederit poderagium.*

de force pour s'imposer en face des disciplines juridiques renaissantes. Mais quel nouveau pas était fait vers la romanisation depuis les Coutumes antérieures ! La Coutume de Toulouse fut, théoriquement, en vigueur jusqu'à la fin de l'ancien régime, mais théoriquement seulement, car, sous l'influence des Glossateurs, les pratiques médiévales s'effacèrent, pour faire place à la jurisprudence du Parlement de Toulouse, le plus féru de droit romain des Parlements du Royaume

CHAPITRE IV

LES INTERPRÈTES DU DROIT ROMAIN ET LES GARANTIES DE RESTITUTION DE LA DOT

Nous avons signalé qu'on percevait, dès la rédaction de la Coutume de Montpellier, une certaine influence de la renaissance du droit romain sur le droit méridional théorique, qui se traduisait par la tendance des Coutumes vers la conception et l'organisation d'une garantie générale accordée à la femme mariée pour la restitution de sa dot ; à côté de cette élaboration législative, la pratique, par une évolution propre, tendait également vers un système de garantie générale et unique. Dans ces conditions l'hypothèque dotale romaine n'apparut pas aux Glossateurs et aux Canonistes comme une institution présentant des particularités inconnues et provoquant une controverse chez les auteurs, sauf sur la question un peu spéciale du rang de la femme par rapport aux créanciers antérieurs au mariage (1).

D'autre part, les légistes médiévaux eurent parallèlement le désir de conserver certaines pratiques non

(1) Cf. Meynial, *N.R.H.*, 1902, p. 56 et Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit*, p. 195 et 196.

romaines, mais encore en vigueur à leur époque, suivant leur habituelle méthode d'exégèse. C'est ainsi que le gage, la fidejussion et l'*assignamentum* vont être plus ou moins justifiés par les Docteurs à l'aide de textes romains.

I. *Le gage*

On sait que Justinien remplaça toutes les garanties de restitution de la dot par une hypothèque tacite. Pourtant la Glose, à la Loi 1, *ne fidejussores dotium dentur* (C. 5, 20) décide que la prohibition légale ne vise pas le gage, et que le mari (mais le mari seul) pourra toujours fournir à sa femme une telle sûreté (2).

Cynus, Dynus et Bartole ainsi que d'autres Docteurs d'autorité moins grande, rattachent le droit pour la femme de se faire concéder un gage, à son droit général d'obtenir sa dot sauve par préférence à tous les créanciers. Balde propose que, par une disposition exorbitante du droit commun, le gage de la femme soit toujours un mort-gage dont les fruits ne s'imputeraient pas sur le capital de la créance : *Si mulier, soluto matrimonio incumbet pignori in bonis mariti sine vitio, vel per sententiam in executione, et ex illis bonis fructus non perciperet, hujusmodi fructus non extenuarent sortem dotis; imo cederent lucro mulieris, licet regulariter contra in l. I et II, C. de pign. act.* (4, 24) (3). Une telle proposition soulève d'ailleurs l'indignation de nombreux Docteurs, qui

(2) Glose ^{vls} *vir et uxori*, 2^o : *Secundo quid videtur de pignore ? Videtur secus* (qu'il est licite) : *cum et omnia sint obligata, nisi dicas ab extraneo amico mariti dari, quia tunc idem quod in fidejussore videtur.*

(3) Balde, *ibid.*, *ad legem Creditor*. Dans le même sens statuent Angelus Aretinus et Panormitan; c'est en général la décision du droit canon, malgré la prohibition des intérêts qui *non procederet in uxorem cui pignus esset datum pro restitutione dotis, secundum Innocentium et Panormitanum*. Constantinus Rogierus (Piemontais, jurisconsulte vers 1450), *Argumentum de dote*, 16^e question.

voient là de l'usure. Baldus Novellus, Post-Glossateur de la fin du XV^e siècle (4), qui ne voit pas l'intérêt qu'aurait la femme à obtenir un gage, alors qu'elle a son hypothèque privilégiée, reproche à cette pratique de créer entre les époux une mésentente qu'a justement voulu éviter Justinien : *Per hypothecam non generatur causa alicujus perfidiae inter conjuges, cum bona hypothecata remaneant in plena possessione mariti ; sed quando constituitur per traditionem alicujus rei stabilis, vel mobilis, quae fieret per virum uxori pro cautela suae dotis, ex quo transit tunc omnis possessio in mulierem et nulla remanet penes virum, tunc videtur ex hoc dari occasio perfidiae et malivolentiae viri contra uxorem, prout eadem ratione dicitur in fidejussore et jura volunt quod nulla sit inter conjuges indignationis occasio* (5).

Malgré ces réserves sur l'illégalité du gage, il propose la solution suivante pour régler le différent entre les partisans du mort-gage et les partisans du droit commun : les intérêts du gage ne s'imputeront pas sur le capital de la créance, c'est-à-dire la dot, si, à la dissolution du mariage, la femme n'a pas de ressources suffisantes pour se procurer sa nourriture et celle de ses enfants, lorsque le délai d'un an est accompli. Mais lorsqu'il s'agira seulement de retrouver la valeur de sa dot, la femme n'aura aucun motif valable d'employer les revenus du gage à un autre usage qu'à l'extinction de sa créance ; il n'en sera cependant pas ainsi dans les cas où

(4) Le *Traité de la dot* de Baldus Novellus, professeur à Pise et continuateur des traditions de Bartole date de 1479. Cet ouvrage est le plus complet et le plus méthodique de tous les traités sur la dot. Il a été édité en France, en 1569, à Lyon, chez Jacques Jonte, dans un recueil général des études doctrinales sur la dot, intitulé *De dote tractatus ex variis Juris civilis interpretibus decerpti* et servait d'ouvrage de références aux avocats des juridictions de droit écrit.

(5) *Tractatus de dote*, 6^a pars, *privilegium* 21, 10°.

la femme exercerait un commerce : la non restitution de sa dot lui causant un manque à gagner, les intérêts du gage seront affectés à la réparation du préjudice causé par ce retard.

II. *La fidejussio*

En cette matière les Glossateurs se sont heurtés à la prohibition formelle et motivée du Code : *ne fidejussores dotium dentur*. Mais à leur époque ce procédé demeurerait encore employé, aussi vont-ils essayer de tourner le droit romain en procédant *non per viam extensionis, sed per viam comprehensionis* : le Code a voulu éviter tous les motifs de mésentente entre les époux ; toutes les fois que la constitution d'une caution ne risquera pas de les créer, cette garantie pourra être organisée.

En fait, les savants « logisticiens » dénaturent soigneusement les textes ; la tentative de certains juristes est plutôt radicale et, il faut le noter, assez mal accueillie : le Code ne parlant que de l'interdiction des *fidejussores servandae dotis*, Cynus, Dynus et Odofredus essayeront de déclarer que la loi ne vise pas la restitution de la dot, qui demeure ainsi en dehors des cas où joue la prohibition. Guillaume Durant expose leur théorie en la repoussant personnellement : *si mulier dat viro fidejussorem pro dote promissa, hoc non valet ; si vero vir dat uxori pro dote servanda tunc non valet ; si pro restituenda tum valet* (6). Mais l'unanimité des Docteurs ne conclut pas en ce sens. La Glose (7) invoque la généralité de la prohibition *ne*

(6) Spec. Jur., L. IV, 4^e partie de dote post divorcium restituenda 9^o.

(7) Glose, *ibid.*, casus : *Non debet dari fidejussorem a marito, vel patri vel aliis qui dolem suscipiunt.*

Ibid., v^{1a} vir et uxori : *et sic loquitur hic titulus, non dicit hic « servanda » quae opinio est probabilis. Sed Azo dicit, et nos, nullo modo teneri.*

fidejussores dotium dentur et son caractère impératif. Bartole, toujours plus fin et qui s'attache aux causes, analyse les motifs qui ont provoqué la promulgation de l'interdiction justinienne ; comme il voit que dans le cas de restitution, comme dans celui de conservation, l'adjonction de *fidejussores* au mari risque de créer la mésentente dans le ménage, il est d'avis d'étendre au premier cas les termes du Code qui prohibe le second, *et maxime cum subsistat eadem ratio in dote conservanda sicut in restituenda videlicet ut cesset ratio perfidia* (8).

Mais comme la prohibition du Code est *exorbitans juris communis* les Jurisconsultes déclarent que, par faveur pour la dot, il faut la limiter et voici de quelle façon :

1) La Glose admet d'abord, sans discussion, que la femme pourra demander un fidejusseur *soluti matrimonii* car l'interdiction romaine n'existe que pour le temps pendant lequel subsiste le lien conjugal (9).

2) Tous les Docteurs, anciens ou modernes (et postérieurs à la Glose) sont également d'accord pour décider que le père du mari peut s'offrir comme caution lorsqu'il s'engage par le même acte que son fils ; la femme aura ainsi deux débiteurs, tous deux conscients d'obligations qu'ils auront acceptées de bonne grâce.

Si l'unanimité se fait parmi les Docteurs sur la possibilité d'admettre le père comme caution, il n'en est pas de même pour les autres parents : Bartole en doute pour les frères, et, *a fortiori*, pour les parents plus éloignés, il arrive d'ailleurs à cette conclusion curieuse : *tamen*

(8) Cité par Baldus Novellus, 6^e pars. priv. 21, 1^o.

(9) Glose, *ibid.*, *eod. verbo, princ* : *Item, an post solutum matrimonium potest dari ? Resp. sic.*

inclino in partem affirmativam ut possunt (fratres et alii conjuncti) intercedere quando simul habitarent, cum tunc in illis cesse haec ratio perfidiae (10). Mais il semble à la plupart des auteurs que le père ressent à l'égard de son fils une *naturalis charitas* que n'ont pas les frères entre eux.

3) La présentation d'un fidejusseur peut être exigée par l'étranger qui constitue la dot, c'est là l'hypothèse unique que vise la Glose (11) mais en raisonnant par analogie les Post-Glossateurs décident également que la femme qui stipule la restitution de sa dot au profit d'un tiers peut exiger de son mari une caution.

4) Bartole propose comme exception à la prohibition légale le cas où le mari serait en train de se ruiner (ou même toutes les fois que la femme serait en droit de réclamer au cours du mariage une mesure conservatoire) *propter supervenientem inopiam vel dilapidationem exigetur dicta satisdatio*. Mais une telle théorie est manifestement contraire au Code (12). Aussi Panormitan, Canoniste, donc moins formellement rigoriste, va-t-il essayer d'accommoder l'intérêt de la femme avec le respect du droit, et il propose la solution suivante : si la femme voyant son mari sur le point de se ruiner veut exiger d'abord et uniquement une caution, elle ne peut le faire, car Justinien l'interdit ; mais si elle demande d'abord sa dot, pour éviter au mari l'affront d'une restitution anticipée, elle pourra subsidiairement se contenter

(10) Loi *si constante* § *quotiens* (D., 24.3.24).

(11) Glose, *ibid.*, 6° : *Item si extraneus dat dotem et stipulatur, an potest accipere ? Videtur quod sic, quia de viro et uxore hic dicitur.*

(12) Et à la Glose, car le mari doit le moins possible se séparer de la dot qu'il a reçue : *Dico contra quia infra textus dicit quod retinere debet ad sustentationem sui et uxoris* (Loi *ubi adhuc*, C., 5, 12, 29, v^{1a} *ad inopiam*, 5°).

d'une caution ; il n'y aurait plus alors suspicion entre les époux, mais sympathie et reconnaissance du mari à l'égard de sa femme (13).

Les limites qui viennent d'être signalées procèdent toutes d'une même idée particulière au droit matrimonial, la *favor dotis*. A côté de celles-ci, deux causes d'ordre général et qui valent ou peuvent valoir pour tourner toutes les prohibitions, quelles qu'elles soient, viennent également limiter l'étendue de la règle *ne fidejussores*. Ce sont : la renonciation avec serment à la règle romaine et les coutumes contraires à celle-ci.

De même que toutes les autres dispositions romaines non conformes au droit positif, l'interdiction justinienne des cautions n'a pas échappé à la pratique médiévale des renonciations.

La Glose ne semble pas admettre cette possibilité, car la prohibition étant formelle, les parties n'y peuvent renoncer, d'autant qu'il s'agit d'une matière relative à l'état des personnes (14). Mais lorsque le serment intervient, beaucoup de Docteurs sont d'accord pour penser que le serment impose toute sa valeur à une renonciation (15). Antoine de Budrio (1338-1408) objecte qu'une renonciation à la règle du Code pourrait favoriser une mésentente conjugale éventuelle et que de ce chef *dicta promissio esset contra bonos mores et consequenter non deberet firmari juramento, per regulam non est obligatorium in Sexto* (16).

(13) Balde et Jean d'Imola ajoutent le cas où la fiancée ferait de l'obtention d'une caution la condition *sine qua non* du mariage. Cf. Jean Campezzì, *Questiones de dote*, question 174.

(14) Glose, *ibid.*, *in fine* : *Item an potest renunciari huic titulo ? Quod dicunt quidam ex generali regula. Sed Azo dicit quod non in ipsa rubrica quae est prohibitoria. Est enim bonum argumentum.*

(15) *Contrà* Glose, *ibid.*, *addit.* : *si ergo contra fiat non valet, etiam si dant juramentum.*

(16) Baldus Novellus, *op. cit.*, *loc. cit.*, 14^o et 15^o. La règle *non est obligatorium* est la règle 58, au Sexte, de *Regulis juris*.

Mais pourtant l'autorité religieuse confirme bien la renonciation avec serment à la loi *Julia* qui risquerait d'être immorale puisqu'elle dépouille la femme ; elle confirme bien la renonciation à la prohibition des donations entre époux qui risquerait de pousser les jeunes mariés « dans leur ardeur à se faire des présents, à la luxure et à la concupiscence » ; elle confirme bien la renonciation à l'interdiction des pactes sur succession future. Pourquoi ne confirmerait-elle pas la renonciation à la prohibition des cautions pour assurer la restitution de la dot lorsque cette renonciation s'accompagne d'un serment ? Parce que, répondent les Docteurs, un trop grand intérêt, l'entente conjugale, est en jeu et qu'il faut être très prudent pour admettre les renonciations au droit de Justinien sur les *fidejussores dotium*.

Voici le résumé de la solution que propose Baldus Novellus après Bartole et qui semble avoir prévalu : *si maritus præstaret talem fidejussorem invitus... tunc juramentum non firmat ex quo non occasionaliter sed directo et incontinenti inducit dictam materiam perfidia inter conjuges ; si autem sponte et ultro maritus offeret talem fidejussorem et tunc firmaret ex quo non de directo ex post posset sequi dicta occasio perfidia : et hoc modo procedat opinio Bartoli et sequacium* (17).

Enfin certains auteurs veulent (Tancredè, Jean André) voir une exception au principe du Code dans le cas où une Coutume contraire autoriserait la pratique de la caution. Les Glossateurs semblent en effet considérer, sur ce point comme sur d'autres, que le droit romain joue le rôle d'une Coutume générale à laquelle les Coutumes locales peuvent déroger. Les Post-Glossateurs,

(17) *Ibid.*, 18°.

par contre, beaucoup plus soucieux de la *Lex* qui s'imposait de plus en plus, admettent plus difficilement une dérogation introduite par une Coutume locale. Leur respect pour le texte les conduit à pratiquer une méthode interprétative, ou prétendue telle, qui dénature soigneusement un droit formel, en principe inviolable. Voici le raisonnement que fait Jean Campezzzi, renouvelant la distinction psychologique formulée par Bartole au sujet de la renonciation : si la Coutume impose au mari ou au beau-père l'obligation de fournir une caution contre leur gré, il y aura fatalement entre les époux la mésentente que Justinien a voulu empêcher et la Loi primera la Coutume ; mais si le mari ou le beau-père fournissent une caution de plein gré et spontanément, la prohibition n'aura pas de raison d'être, et la Coutume pourra s'appliquer (18).

III. *La conversio in dotem*

Il serait probablement vain de chercher dans l'œuvre des Glossateurs une justification de la pratique médiévale qui consistait à affecter à l'extinction d'une créance les revenus d'un immeuble. Mais on peut trouver çà et là chez les auteurs l'exposé, d'ailleurs confus, de pratiques qui se rapprochent assez de l'*assignatio* et qu'au XVIII^e siècle un commentateur de la Coutume de Toulouse, Soulatges, confondra avec l'*assignamentum*. Nous voulons parler de la *conversio pecuniae in dotem* (ou *in praedium*).

Il s'agit toujours du placement juridique de la dot

(18) Joan. Campezzius, *op. cit.*, question 176 : ... *Quid si sponte est prestita talis satisfactio ? Videtur quod sic, quod tenet Cynus, Joan. Andreae et hanc opinionem refert Innocentius, licet eam nec improbet nec approbet Glosa.*

pécuniaire sur un ou plusieurs immeubles du mari, mais, avec la renaissance du droit romain et l'individualisme des droits conjugaux, ce ne seront plus les revenus de l'immeuble qui éteindront la créance de la femme, mais l'immeuble entier, dont le statut juridique sera modifié. Les avocats prudents, explique Bartole, prennent la précaution lorsque le mari craint de voir ses biens saisis par les créanciers ou seulement lorsqu'il est sur le point de se ruiner, de « consigner » ou de donner en paiement à sa femme, en contre prestation de sa dot pecuniaire (*dare in solutum pro dote consistente in pecunia*) ses biens les plus précieux et du meilleur rapport (19).

L'expression *dare in solutum* implique certainement l'existence d'un paiement et peut-être même d'une vente, fictive cela va de soi, puisque le plus souvent l'argent dotal a été déjà consommé. Les biens ainsi consignés seront censés dotaux (20), l'aliénation fictive donnera la qualité de bien dotal au bien du mari ; mais elle ne transportera pas la propriété du bien sur la tête de la femme (21). Guillaume Durant doute de la légalité de cette pratique, mais la connaît et l'expose et Accurse concilie l'intérêt de la femme avec les rigueurs du droit (22).

(19) Loi *si constante*, princ.

(20) Cette pratique résulte de la combinaison de deux textes romains : la loi *ita constante matrimonio* (D., 23.3.26) et la loi 45 au Digeste, de *Jure dotium* (23, 3). La première décide *dotem permutari posse, si hoc mulieri utile sit, si pecunia in rem aut ex re in pecuniam*, la seconde que le bien acquis en remploi d'argent dotal est assimilable à un bien dotal.

(21) Puisque l'argent dotal appartient au mari. Rappelons les termes de Gazeviah cités ci-dessus chapitre III : *an transferatur dominium per talem assignationem, crederem quod non, juxta decisionem Bartholi*.

On voit, par l'introduction de l'inaliénabilité et de la loi 54, ce qu'il y a de nouveau depuis le Moyen Age, et combien l'assignation tend à se confondre avec la dotalité incluse. C'est nettement dans cette voie que s'engagera la jurisprudence toulousaine.

(22) Spec. Jur., loc. quo sup., 2, 19 : *An cum viro (mulier potest permutare dotem) ? Dicunt quidam quod sic, si ejus in hoc versetur utilitas et*

La femme, sans être propriétaire du bien et sans pouvoir l'aliéner, aura toutefois, par ce système, la possibilité de s'opposer aux saisies : lorsque le premier décret aura décidé que les biens du mari constituent le « gage judiciaire » c'est-à-dire aura privé leur propriétaire du droit d'en disposer, la femme pourra objecter que cette immobilisation n'est qu'une aliénation retardée et, pour telle, prohibée par la loi *Julia* puisque le bien du mari a le statut d'un bien dotal. Evidemment, la femme ne pourrait pas s'opposer aux effets du premier décret sur les biens qui ne lui seraient pas assignés, qui, eux, ne représenteraient pas la dot.

IV. *L'hypothèque dotale*

Nous ne prétendons certes pas analyser l'abondante littérature juridique des Glossateurs sur la question de l'hypothèque dotale ; nous voudrions essayer de préciser certains points et tâcher d'ordonner, si possible, certaines théories éparses, pour nous permettre d'un peu mieux fixer l'évolution des garanties de restitution de la dot dans les régions auxquelles nous limitons notre étude.

Les Glossateurs, avons-nous dit, n'eurent aucune difficulté à admettre l'hypothèque dotale, car une clause fréquente des contrats de mariage de leur époque, l'*obligatio omnium bonorum* se présentait à eux comme une institution ayant bien des caractères analogues à ceux de la garantie romaine. Il est évident que, pour eux, *obligare omnia bona sua* a le même sens qu'*hypothecare*,

pecunia dotalis potest in praedia converti. Sed numquid poterit desiderare ut res sibi dentur in solutum marito ad inopiam vergente ? Responde non, alioquin posset alienare, quia dominium acquisivisset. Acc. tamen notat quod ei dari possunt in solutum, licet alienare non possit.

les deux expressions s'emploient indifféremment l'une et l'autre, bien que la seconde semble devoir l'emporter dans les toutes dernières années du XV^e siècle. Nous retrouverons, d'ailleurs, la même évolution terminologique dans les actes notariaux.

Mais dans la pratique, à côté de contrats stipulant une clause d'*obligatio*, on trouvait également des mariages contractés sans *instrumentum nuptiale*, ou bien, quoique cela fut plus rare, des mariages dans lesquels les *instrumenta nuptialia* ne prévoyaient pas de garantie. Les Glossateurs, par raison d'équité en même temps que par discipline juridique, feront renaître l'hypothèque tacite justinienne de l'année 529 : *haec tamen tacita hypotheca quae contrahitur pro dote restituenda, contrahitur generaliter in omnibus bonis mariti*, dit Balde (23).

Ces deux hypothèques s'excluent à peu près certainement ; les auteurs les étudient distinctement et les rattachent l'une et l'autre à leurs causes (l'existence ou la non existence d'un contrat et d'une stipulation d'hypothèque) qui s'excluent. La discussion sur l'application de la loi *Assiduis* à l'hypothèque expresse marque bien la différence entre hypothèque expresse et hypothèque tacite, donc qu'elles ne coexistent point. Ce qui permet le plus de dire que, pour les Docteurs, il ne peut pas y avoir simultanément une hypothèque tacite et une hypothèque expresse, c'est que les Glossateurs se sont ingéniés à trouver entre elles des différences quant à leurs effets ; en vérité, une seule, mais d'importance, domine la question : le point de départ des deux garanties et les créanciers primés.

(23) Loi 30, C. de jure dotium (5, 12).

I. Caractères communs à l'hypothèque tacite et à l'hypothèque expresse. — Naturellement l'hypothèque expresse ne portera que sur les biens du stipulant et sur les biens affectés seuls. Mais dans la réalité elle est toujours générale et les textes parlent toujours d'*obligatio* ou *hypotheca* expresse *suorum bonorum*. Si le mari est en puissance elle porte également sur les biens du beau-père, grâce à une convention que pourrait exiger la femme si le père de son mari s'y refusait : *pater potest cogi ad obligandum se et omnia bona sua pro restitutione dotis mulieris, cum qua filius est matrimonium contracturus*, écrit Baldus Novellus (24), qui donne immédiatement après l'énoncé de ce principe les exceptions élaborées par les Docteurs et communément admises : le père ne sera contraint de stipuler une hypothèque expresse à sa belle-fille que si celle-ci est une honnête femme et s'il n'a pas de reproche à faire à son fils sur son mariage (25). Il sera dispensé de stipuler cette garantie si son fils, quoiqu'encore en puissance, a des biens adventices suffisants pour garantir la restitution (26).

Les sanctions qu'il est permis au juge de prendre contre le père qui refuserait de garantir la restitution de la dot de la femme de son fils peuvent aller, dit Bartole, jusqu'à l'emprisonnement.

On en vint à accorder une hypothèque tacite à la femme sur les biens de son beau-père, un peu spéciale, car elle ne résulte pas de plein droit des stipulations dotales, mais de l'obligation prise par le père du mari de resti-

(24) 6^a pars. priv. 20, 1^o.

(25) Bartole, Balde, Angelus Aretinus, Jean d'Imola à la Loi *si cum dotem § transgrediamur* (D., 24, 3, 22, 12).

(26) Jean d'Imola, *ibid.*, mais il ajoute que le juge sera seul compétent pour statuer sur la suffisance des biens adventices.

tuer la dot : *Retento etiam quod si pater obligaret se expresse pro restitutione dotis, non esset opus facere cum expressa hypotheca bonorum, cum tacita illa surgat per textus, quod fuit de mente Bartoli* (27).

Une question a troublé les Glossateurs : est-ce que les biens donnés en fiefs au mari garantiront la restitution de la dot ? Rogerius déclare que non seulement l'hypothèque ne porte pas sur un fief, mais que, si le tenancier hypothéquait son fief, il serait déchu de son droit (28), mais Balde et Guillaume Durant (29) pensent que cette déchéance ne prouve en rien que le fief ne peut être hypothéqué ; le seul motif en est que le fief n'est pas compris dans l'assiette de l'obligation générale. Bartole est l'unique auteur qui croit que tant que dure le droit du mari sur le bien qu'il tient en fief, ce bien figure dans le gage général de la femme.

L'hypothèque tacite et l'hypothèque expresse grèvent les mêmes débiteurs ; elles sont toutes deux, en fait, générales ; un troisième caractère leur est commun : le succès de leur exercice est subordonné à une *vera numeratio dotis*.

La Glose pose déjà le principe (30). Bartole est de cet

(27) Baldus Novellus, *loc. quo sup.*, 8°.

(28) *C. imperial. de prohibita feudorum alienatione per Federicum*.

(29) Balde, à la loi *obligatione generali* (D., 20.2.1), Spec. jur., *De pignoribus*, § 1, *versiculo penultimo*.

(30) Glose, loi *Assiduis* (C. 8, 17, 12) v° *datae* et non *dare* comme écrit à tort Aufrère (voir note 35) : *Non ergo dote confessata, non data videtur habere locum haec lex. Additio : advertas quod communiter servatur contra istam glossam, si tamen sit renunciatum exceptioni vel elapsum tempus, pro quo facit secundum Bartolum*.

Rappelons que d'après la constitution 3, C. 5, 15 de 528 et la Novelle 100 (539) le mari qui a inexactement reconnu que la dot lui a été versée peut en contester le reçu pendant un an après la dissolution du mariage, selon la constitution du Code, pendant un an encore selon la Novelle 100 si le mariage a duré deux ans au plus, pendant trois mois de plus s'il a duré de deux à dix ans. Enfin si le mariage a duré dix ans toute contestation est interdite au mari (Voir Girard, *Manuel*, p. 536 note 9). Cette dernière disposition a influencé la rédaction de l'article 1569 C. civ.

avis *quando fieret* (la *confessio dotis*) *constante matrimonio, quasi tunc videatur facta in fraudem donationis, quae est prohibita inter conjuges* à moins que le temps pour élever l'exception soit prescrit, ou qu'il y ait renonciation à cette exception (31).

Dans la pratique, ces restrictions détruisent, d'ailleurs, le principe.

On peut, pour simplifier la question, assez complexe, distinguer trois hypothèses :

1° Si la femme exerce ses sûretés contre le mari, ou contre les ayants cause de celui-ci, ses débiteurs interpellés peuvent toujours exiger de la femme la preuve du versement de sa dot, à moins qu'il n'y ait renonciation à l'exception, ou que le temps prévu pour en exciper soit écoulé. Cette renonciation est subordonnée à un certain nombre de conditions, dont l'énumération, avec les sources, est faite par Baldus Novellus et dont voici le principe : la renonciation peut cacher une donation déguisée ; il faut donc qu'elle soit faite *in spe futurae solutionis, non ex causa donationis* ; seules des conditions d'espèce : âges, situations de fortune respectives des conjoints, permettront de dire si la renonciation est ou non licite. Mais celle-ci sera toujours présumée frauduleuse si la *confessio* a eu lieu avant le mariage et la renonciation à l'exception *non numeratae dotis, constante matrimonio*. Le serment ne pourra pas avoir d'effet pour garantir la renonciation à l'exception : sa valeur est, en effet, subordonnée à la *numeratio pecuniae (condicio tacita)* ce qui le rend en fait inutile (32).

(31) Accurse réserve seulement le cas de prescription du droit d'élever l'exception et non la renonciation (addit. Glosae, *de dote cauta* (C. 5, 15), v° *facit.*)

(32) Cf. Meynial, *N.R.H.*, 1901, p. 137.

2° Si la femme exerce ses garanties contre un créancier chirographaire ou un tiers acquéreur, *hypotheca tacita vel expressa mulieris operatur, quia in hoc non reperimus aliquid in contrarium* le créancier ou le tiers pourront, comme le mari et dans les mêmes conditions que lui, élever l'*exceptio non numeratae dotis* (33).

3° Enfin la femme peut être en concours avec un créancier hypothécaire. Sa situation sera différente suivant que la confession et la renonciation auront eu lieu avant le mariage ou au cours du mariage.

a) Si toutes deux sont intervenues *constante matrimonio*, la *confessio* du mari ne sera pas opposable au créancier. L'exposé de la doctrine est fait minutieusement dans les *Decisiones Capellae Tholosanae* (34) qui rapporte l'opinion de la Glose et celle de Bartole, citées ci-dessus (35) et conclut dans le même sens que la Glose : la *confessio dotis* ne sera jamais opposable au créancier alors même qu'il y aurait de la part du mari renonciation à l'exception ou que le temps imparti pour élever celle-ci soit écoulé, d'où première différence entre la situation de la femme agissant contre un créancier hypothécaire et celle de la femme agissant contre le mari, un créancier chirographaire ou un tiers acquéreur. Une seconde

(33) Loi *Si cui*, C. 4, 30, 15, *in fine*.

(34) Les *Decisiones Capellae Tholosanae* sont un recueil de la jurisprudence de l'Officialité de Toulouse commencé par Jean Corsier en 1483 et continué par Aufrèri.

(35) *Dec. Cap. Thol.* question 218, 2° : *Glosa determinat in lege Assiduis, verbo dare, quod mulier habeat jus praelationis... in dote vere data non confessata. Bartolus dicit quod... idem sit in dote confessata quod in numerata, dummodo sit renunciatum exceptioni non numeratae pecuniae, vel elapsum sit tempus ad opponendum dictam exceptionem. Sed Angelicus, quem sequitur Raphaelus et Joan de Imola et Angelus Aretinus... et Baldus et Joan Andree dicunt quod quando mulier concurrat cum aliis creditoribus probantibus actualem numerationem tunc mulier quae non habet nisi fictam ex confessione et ex renunciatione vel ex lapsu temporis ad opponendum, mulier ipsa non praeferratur.*

différence est que ce sera au créancier à faire la preuve particulièrement difficile, puisque négative, de l'absence de *numeratio*, tandis que dans les autres hypothèses c'était la preuve positive de la *numeratio* qui incombait à la femme (36).

Ce système renverse absolument celui de la *querela non numeratae dotis* et aboutit à l'annuler pratiquement.

Bartole voudrait que la femme fût préférée au créancier, qui, comme elle, n'aurait dans le mari, qu'un débiteur *confessus* (37); dans ce cas la *favor dotis* agirait à son avantage, tandis que, à l'égard du créancier qui fournirait la preuve de la numération des deniers, et qui, de ce fait, lutterait *de damno vitando*, elle aurait une situation moins favorisée (38).

b) Par contre, lorsque la *confessio dotis* et la renonciation ont lieu avant le mariage, la femme conserve son privilège *nam si facta fuisset confessio ante contractum matrimonium et tunc sive renunciatum sit exceptioni non numeratae dotis, sive tempora transacta sint ad opponendum, tunc praejudicat omnibus creditoribus et habetur pro vera numeratione* (39).

(36) *Dec. Cap. Thol., ibid.* : *Creditoribus tamen incumbit onus probandi dotem non esse numeratam; si alii creditores non probarent etiam veram numerationem quia tunc mulier praeferetur.*

(37) *Dec. Cap. Thol., ibid.* : *isto casu procedat dictum Bartoli quod quando et mulier et alii creditores pariter et tantummodo nitantur ex confessione mariti, praeferetur mulier quae est magis favorabilis.* C'est également l'avis de Balde, mais Baldus Novellus critique cette théorie en disant que la confession faite au créancier est exempte de fraude, alors que celle faite à la femme est le plus souvent frauduleuse, *unde non videtur par esse ratio in utraque confessione* (10^a pars, priv. 20, 16^o).

(38) Enfin n'oublions pas que, pour Bartole, la *confessio* faite *constante matrimonio* « *praesumitur facta in fraudem creditorum et est praesumptio tacita quae vocatur juris et de jure* ». Cette affirmation paraît d'ailleurs bien excessive et sa portée pratique dangereuse; il est vrai que Bartole peut être plus rigoureux qu'un autre sur les effets de la *confessio dotis*, puisque il écarte dans presque tous les cas les conséquences de sa théorie (v. notes 30 et 35).

(39) *Dec. Cap. Thol., ibid., 4^o.*

Baldus Novellus ajoute à ces cas les cas suivants : la *confessio* sera opposable au créancier hypothécaire qui, après la *confessio dotis* et ne l'ignorant pas, aura à nouveau contracté avec le mari ; il en sera de même à l'égard de tous les créanciers hypothécaires d'un mari qui aurait confessé la réception de la dot à un autre qu'à la femme ; celle-ci peut en effet, prétendre qu'une telle *confessio*, qui est pour elle *res inter alios acta*, ne peut lui préjudicier (40).

II. Caractères distinctifs de l'hypothèque tacite et de l'hypothèque expresse. — La seule question qui présente de l'intérêt pour différencier l'hypothèque tacite et l'hypothèque expresse est le rang qu'elles confèrent l'une et l'autre aux créanciers hypothécaires antérieurs au mariage.

Là-dessus les interprètes du droit romain ont bataillé pendant plus de deux cents ans avec un ton, même, qui dépasse parfois les limites d'une controverse scientifique ; on sait quel fut en France le résultat de cette discussion et comment, après Pierre de Belleperche et Cynus, le Parlement de Toulouse, seul dans le Royaume et dans les pays dotaux, admit la loi *Assiduis*.

Les *Ultramontani*, comme dit Bartole, et les Italiens sont d'accord sur le rang de l'hypothèque expresse, privilégiée en effet, mais seulement du jour de la *promissio dotis* : *Hypotheca in bonis mariti expressa incipit a tempore promissionis dotis... et si interim maritus obligaret bona sua alteri recipiendo ab illo pecuniam mutuo, hypotheca mulieris praeferetur, licet postea ipsa dotem*

(40) Baldus Novellus, *loc. quo. sup.* — à moins que l'étranger auquel le mari a confessé la réception de la dot ne soit un proche parent de la femme et de ce fait présumé personne interposée

solvisset dit Cynus, commentant la loi 1, C. *qui potiores* (8, 17) et il ajoute que cette disposition est par faveur pour la dot, car il ne peut être ici question d'une hypothèque conditionnelle rétroactive, puisque la condition serait *in potestate debitoris*. Balde et Bartole répondent que la condition n'est pas du tout *in potestate debitoris*, car le mari est obligé de recevoir la dot, sans quoi il serait tenu de subvenir seul aux charges du ménage.

Bartole a bien soin de signaler que l'hypothèque de la femme ne prendra rang à la date de la *promissio dotis* que si celle-ci a lieu en même temps que la conclusion du mariage ; si elle est antérieure, l'hypothèque ne partira que du jour du mariage *quia licet fuerit promissa ante matrimonium, tamen adhuc proprie non potest censeri dos*.

Pierre de Belleperche, lui-même, ne considère pas que l'hypothèque expresse est privilégiée par rapport aux créanciers antérieurs au mariage : *Quid si convenit expresse quod mulier haberet bona obligata ? Numquid nihilominus habebit hypothecariam privilegiatam ? Dicit Petrus quod non*, dit Cynus, qui approuve lui-même cette décision (41).

La question du rang de l'hypothèque tacite par rapport aux créanciers ayant une hypothèque expresse est discutée déjà entre Martinus et Bulgarus : *Martinus dicit quod mulier praeferatur omnibus prioribus sive expressas, sive tacitas habentibus hypothecas. Tu dic secundum Bulgarum esse distinguendum utrum sit hypotheca expressa et tunc non praeferatur mulier, an tacita, et tunc praeferatur* (42).

(41) Cynus, *ad dictam legem Assiduis*, 10°, 8^a *questio*. Martinus avait déjà dit *quod patet quod (Lex) non loquitur de conventionalibus pignoribus, sed his quae per privilegium tacite a lege aliquibus conceduntur* (Glose *ad dict. leg.*, v^{1a} *licet anteriores sint*).

(42) Glose, *ibid.*

Pour les légistes qui suivent sur ce point la théorie de Bulgarus le point de départ de l'hypothèque tacite sera la *solutio dotis* et non, comme pour l'autre hypothèque, la *promissio dotis*. C'est là l'opinion de la Glose (43), de Guillaume Durant (44) et de Balde. Celui-ci justifie cette restriction *quod hypotheca tacita intelligatur contracta favore dotis solutae*. Bartole, seul dans toute la Doctrine, voudrait voir l'hypothèque tacite dotale rétroagir au jour du mariage, de même qu'il ne fait partir, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, que du jour du mariage l'hypothèque expresse que les autres auteurs font remonter au jour de la *promissio* antérieure au mariage. Il raisonne, pour appuyer sa théorie, par analogie avec l'hypothèque tacite que le fils a contre son père pour la gestion des biens adventices et qui remonte rétroactivement au jour de l'administration. Mais Baldus Novellus, pourtant toujours si respectueux des idées de son maître, ne peut s'empêcher de conseiller la prudence : *At est cogitandum quod auctoritas Glosae et Speculi Juris est maxima et maxime procedit quando non appareret de vera numeratione et ideo est optima cautela quod mulier vel socer mariti provideant per expressam hypothecam* (45).

L'énumération à peu près complète des auteurs partisans de la non rétroactivité de l'hypothèque tacite avant le mariage à l'égard des créanciers qui opposent à la femme une hypothèque expresse, est faite dans les *Decisiones Capellae Tholosanae* à l'occasion d'un procès porté devant l'Officialité de Toulouse et que cette Cour

(43) Glose, L., *si ante nuptias* (D., 24,3,6).

(44) Spec. Jur., *Solutio matrimonio*, § *ante omnia*; Guillaume Durant fait remarquer qu'il y a là une sérieuse limite à la *favor dotis*.

(45) Baldus Novellus, *loc. quo sup.*, 39°.

trancha en répondant que le créancier était préférable à la femme (46). Ces auteurs sont : la Glose, Jean Fabre, Bartole, Balde, Jacques Bottrigari, Angelo Saliceto, Dynus, Angelus Aretinus, Jean-Pierre de Ferrare (Pavie, XV^e siècle), Panormitan, Barbatia et Baldus Novellus. En face d'eux, la théorie opposée est soutenue par Martinus, Jacques d'Arena, Belleperche, Guy de Suzara (Bologne, XIV^e siècle), Cynus et François de Zabarella. Aufrèri expose ainsi, en conclusion, la jurisprudence de sa Cour archiépiscopale : *Conclude quod aut uterque, tam mulier quam alter expressam habet hypothecam et tunc qui prior est tempore potior est jure ; aut uterque tacitam et tunc mulier praeferitur, etiam si sit posterior tempore... aut unus expressam et alter tacitam et tunc si mulier habet expressam ipsa praeferitur habenti tacitam, licet tacita sit prior tempore ; sin autem contra ille habet expressam et mulier tacitam tunc secundum opinionem glosae quae de consuetudine servatur et ubique practitur, qui prior tempore potior est jure.*

Quels que soient les divers arguments invoqués par les Docteurs pour restreindre la portée de la loi *Assiduis*, il est vraisemblable que leur motif réel a été de protéger le crédit des célibataires. Pourtant les textes sont formels, et Cynus le fait bien remarquer : *Jacobus de Arena tenet opinionem Martini, quia littera dicit : contra omnes creditores. Hanc etiam sententiam amplectitur Petrus,*

(46) Les juridictions laïques et ecclésiastiques connaissaient en effet conjointement des questions dotales, dans tous les cas d'après Innocentius, Jean d'Imola, Hostiensis et Jean André ; d'après la Glose la dualité de juridiction existerait seulement si la restitution de la dot était une question subsidiaire à une question matrimoniale. Mais la juridiction ecclésiastique est normalement compétente lorsqu'il s'agit de la dot d'une veuve, riche ou pauvre, à condition d'être saisie par celle-ci et non par ses ayants droit.

nec videt quomodo possit responderi ad illum argumentum. Credo ista sententia sit vera (47).

L'évolution ici semble s'être poursuivie nettement dans le sens romain. Nous avons trouvé les derniers échos de ces discussions dans un Post-Glossateur toulousain du début du XVI^e siècle, Antoine Guibert-Costan qui déclare catégoriquement en se plaçant sous l'autorité de ses illustres prédécesseurs : *nec interest utrum creditores habeant expressam hypothecam an tacitam etenim par est expressi et taciti ratio ac leges generaliter enunciant : mulierem ceteris omnibus creditoribus anteponi. Aliter, si dicamus habentibus tacitas tantummodo, angustissimis cancellis leges generaliter latas circumscribemus* (48).

Sans reprendre les interminables arguments des partisans de la Glose, nous voulons indiquer les points principaux de discussion des deux partis, c'est-à-dire les attaques des adversaires de la loi *Assiduus* et les défenses de ses tenants.

Le premier argument est le suivant : les privilèges ne doivent pas préjudicier aux tiers. Cela est exact, répondent les autres Docteurs, sauf dans les cas où la loi a expressément prévu qu'il en serait autrement. C'est encore par l'autorité toute puissante du texte qu'ils répondent lorsqu'on leur objecte que la femme qui prendra le soin d'exiger une garantie sera moins favorisée que celle qui n'aura pas pris cette précaution.

Bartole donne comme argument que le droit commun, représenté par le rang normal entre créanciers hypothécaires, ne peut être primé par le droit spécial de la

(47) Cynus, *loc. quo. sup.*, 2^a questio.

(48) Antonii Guiberti Costani *de dotibus Commentaria*, dans les *de dote tractatus* (voir note 4), cap. VII, 5^o

favor dotis lorsque l'un et l'autre concourent dans le même acte juridique. Guibert-Costan répond à cela que lorsque un même acte exprime à la fois le droit commun et un droit spécial qui y déroge, il est, à ce titre, supérieur à tous les autres.

Enfin, lorsque se débarrassant des casuistiques un peu stériles, les Docteurs invoquent l'intérêt supérieur du crédit, on leur oppose un argument qui paraît être un sophisme, mais qui a certainement contribué au triomphe de la réception de la loi *Assiduis* à Toulouse : *si ipsam rem consideremus intelligi perspicue potuerit, non adeo timendum id periculum esse. Perraro namque evenit ut in id discrimen creditores conjiciantur. Sed et plerunque, cum id accidit bona debitoris omnibus sunt solvendo, verum mulier habet solam praerogativam et ut prius dotem repetat quam alii debita consequantur, proinde vani timoris illius habenda non erit ratio* (49).

Il y a quelque chose de vrai dans ce raisonnement malgré les fraudes qu'il pourra permettre (et contre lesquelles, d'ailleurs, la jurisprudence toulousaine essaiera de se montrer impitoyable), c'est que l'hypothèque privilégiée par rapport aux créanciers antérieurs au mariage ne garantit que la restitution de la dot, c'est-à-dire de biens ou de sommes d'argent que la femme reprend par son droit de propriété. Balde a déjà vu cela (50) et s'il était logique il devrait pousser son analyse à l'égard de tous les créanciers : en effet, de l'avis unanime, l'hypothèque n'est pas privilégiée pour garantir la restitution de la *donatio ante nuptias*, le Velléien interdit l'*intercessio*,

(49) *Ibid.*, in fine.

(50) *In vindicatione et hypothecaria rerum dotium mulier omnibus creditoribus antefertur, quia venit ad rem propriam* (ad leg. 30, C. 5, 12).

donc l'hypothèque ne garantit pas les dettes communes et comme, au surplus, la dot immobilière est inaliénable, en définitive la femme ne luttera avec les créanciers que pour sa dot mobilière. Il n'y aura pas prélation, à l'égard du créancier, mais quasi-revendication. Le mariage n'aura *en rien* modifié le crédit du mari et les créanciers hypothécaires ne seront *en rien* frustrés.

Il nous paraît nécessaire de bien insister sur ce point, que n'ont peut-être pas vu suffisamment les nombreux auteurs qui, depuis le XIV^e siècle, ont étudié notre question, et considèrent la loi *Assiduis* avec défaveur. Mais nous nous empressons d'ajouter que ce raisonnement ne vaut qu'en théorie pure et que, ainsi que nous le montrerons ci-dessous, les graves inconvénients pratiques du système de Justinien trouvèrent même à Toulouse d'énergiques censeurs.

CHAPITRE V

LES ORIGINES ET LE DÉVELOPPEMENT DE L'HYPOTHÈQUE DOTALE

Les garanties dotales ne sont dans leur nature juridique qu'un aspect spécial des garanties qui sanctionnent l'existence ou l'exécution d'une obligation ; au cours de leur évolution historique elles semblent également se situer dans le cadre général de l'évolution des sûretés.

Nous voulons indiquer les particularités de cette « marche vers l'hypothèque » en ce qui concerne notre étude, ainsi que les différences à ce sujet entre la France méridionale, principalement le Languedoc, et la France coutumière. Ces différences paraissent surtout tenir à une question de date. Alors que dans la France septentrionale l'hypothèque légale de la femme mariée est à peine connue à la fin du XVI^e siècle (1) dans le Midi on la voit communément observée dès les premières années du XIV^e siècle. Mais aussi les causes et les influences qui ont agi sur le Midi et sur le Nord sont différentes ; le problème, qui se posait de façon très analogue dans les deux contrées, dès la fin du XIII^e siècle cesse d'être

(1) Les Coutumes rédigées, sauf de très rares exceptions, dans les régions à la limite des pays de droit écrit n'en parlent pas, même pas la Coutume de Paris et d'Orléans dont la seconde rédaction date pourtant de 1580 et 1583. L'introduction de l'hypothèque légale dans les pays coutumiers semble avoir eu plutôt une origine jurisprudentielle. Voir Duval, *L'hypothèque légale de la femme mariée en droit coutumier*.

le même ; en effet, dans les pays de langue d'Oc le régime matrimonial est à peu près universellement dotal (2) dans les pays de langue d'Oil, communautaire.

Nous ne croyons pas que la renaissance du droit romain ait provoqué directement la transformation que l'on constate dans la pratique avec les premières années du XIV^e siècle. Si le droit romain a une influence, ce qui, d'ailleurs, ne saurait être discuté, elle est surtout indirecte et médiante, car le terrain était par lui-même préparé. Le droit romain a bouleversé l'esprit juridique méridional plus que les institutions elles-mêmes. Malgré la rareté des documents on peut relever quelques points de repère dans l'évolution de la pratique vers une garantie à peu près unique, l'*obligatio omnium bonorum* dont le droit romain allait faire une hypothèque privilégiée.

Nous avons dit plus haut que, jusqu'aux toutes premières années du XIII^e siècle, la garantie la plus courante était un mort-gage contractuel dont l'exécution était reportée à la dissolution du mariage ; mais la femme paraît avoir eu surtout sur le bien engagé un droit de retention et de perception des fruits (*ita ut habeas et teneas usque ad habeas recuperatos illos C sol.*, par exemple). L'assignat tel que l'ont vu avec faveur un certain nombre de Coutumes du Nord de la France (3) ne paraît pas avoir

(2) Le Languedoc connaît, un peu moins d'ailleurs que la Provence et le Périgord, ces contrats d'*affreyement* entre époux qui s'analysent surtout en constitution d'une communauté universelle pendant le mariage. Voir par exemple : Arch. Hérault. Sie E, Etude Escoffier (Marsillargues), X, mariage de Jacques Imbert et d'Antoinette Cavallier, 21 février 1470.

(3) Chasseneuz, *Cons. Burg. Des droits et appartenants à gens mariés*, III, 22 : *Ista consuetudo ita intelligi debet maritus aliquis habuit M ducatos a sua uxore in dotem sortientes naturam hereditarii, non est dubium quod debet assignari, secundum nostram consuetudinem positam*. Cf. pour le Nivernais, Guy Coquille (questions 112 et 113) pour la Bretagne, Lebrun (Communauté, III, 2, p. 252) pour le Périgord, Dumas, *Le droit des gens mariés en Périgord*, p. 134-144.

été très connu dans le Midi. La Coutume de Montpellier ne connaît pas le gage sans dépossession, dont les revenus en quelque main que se trouve le bien garantissent une créance, et la Coutume de Toulouse « qui n'est pas exempte d'alliages étrangers » (4) a une procédure tout à fait particulière d'*assignatio dotis*, qui la caractérise par rapport aux autres régions du royaume : l'*assignamentum* sur une universalité patrimoniale, à la suite d'une action en justice, et par voie d'autorité publique.

Parallèlement au mort-gage dotal existait une autre pratique, l'*assignatio sponsalitii* ; mais cette assignation n'est pas une garantie de restitution ; elle n'est même pas une garantie de paiement, elle est à la fois un mode de paiement, un paiement, et une garantie de paiement, elle est la mise en œuvre d'un droit légal ou contractuel pour assurer à la femme, à la dissolution du mariage, une situation pécuniaire en rapport avec la fortune du ménage. Cette pratique s'est assez longtemps conservée à cause de ses avantages : elle permettait effectivement à la femme d'assurer sa vie matérielle sans troubler les héritiers du mari, solution en tous points favorable à tous ; quelle différence existe-t-il, en fait, entre une telle institution, qui n'est que l'exécution d'un usufruit du conjoint survivant, et le douaire (5) ? Or de même que le douaire, le *sponsalitium* assigné contractuellement (*préfix* si l'on peut dire) ou, à défaut de clauses, résultant de la Coutume (comme à Toulouse) ou des Ordonnances royales, a servi de garantie ordinaire à la femme pour la restitution de sa dot. Nous accordons une grande impor-

(4) Meynial, *R.H.D.*, 1902, p. 51, Cf. ci-dessus, ch. III.

(5) *Assignamentum* a parfois le sens de douaire dans le Cartulaire de Flines : acte 142, 1263 : *resignavit omni juri... ratione dotis vel assignamenti propter nuptias*. Cf. Meynial, *op. cit.*, p. 53.

tance au *sponsalitium* assigné, à sa réalité, à sa fréquence, parmi les causes médiévales qui ont favorisé l'introduction de l'hypothèque générale de la femme mariée, indépendamment et en dehors de toute influence romaine.

La garantie ordinaire de restitution de la dot aurait pu être un assignat, organisé par symétrie avec l'assignat du *sponsalitium*, comme il en fut jusqu'au XVI^e siècle en Bourgogne, par exemple, ou même en Périgord pour les pays de droit écrit ; mais cela ne se produisit pas, car le Midi réalisa beaucoup plus tôt que le Nord la possibilité d'une exécution immobilière, qui permit l'existence de techniques beaucoup plus absolues, les *obligationes*.

Il est intéressant de signaler qu'avant le XIII^e siècle les deux seules Coutumes qui parlent d'obligation pour le débiteur de vendre ses biens et de satisfaire ses créanciers par le prix obtenu sont deux coutumes méditerranéennes, c'est-à-dire moins germaniques que celles du Nord de la France, les *Usatici* de Barcelone et les Statuts d'Arles (6). N'y aurait-il pas là une survivance de la théorie romaine de la puissance publique et de l'intérêt commun qui se serait conservée en dépit des bouleversements historiques et sociaux ? Cette survivance expliquerait, peut-être, que les *obligationes* sont « plutôt » romaines.

Le premier document que l'on connaisse qui mentionne une obligation *par spécial* dans les Pays de Coutumes date de 1215 ; le premier qui utilise une obligation générale est de 1227 (7). Dans le Midi l'une et l'autre sont

(6) Barcelone, article 21 : *Item quod Vicarius donat sex menses...* Arles, article 9 : *Qualiter debitor satisfaciat de bonis suis creditori. Item statuimus quod quilibet debitor de bonis suis satisfaciat creditori secundum cognitionem estimatorum.*

(7) Cartulaire de Citeaux, I, f^o 30 (obligation spéciale) Cartulaire de Cluny, VI, 4711 (obligation générale). Cf. Dessoudeix, *Les origines de l'hypothèque dans notre ancien droit.*

prévues par la Coutume de Montpellier (sous les noms de *generalis regressus* et *d'obligatio specialis* ; il est vrai que ces institutions ne figurent que dans la rédaction de 1205, art. 12) et dès 1208 l'obligation spéciale ou générale est à Toulouse un procédé *normal* de sûretés et principalement des sûretés dotales (8).

Une situation juridique spéciale aux régimes matrimoniaux a fort contribué à l'évolution des procédés de garantie ; à côté de l'*assignatio sponsaliti* la pratique a conservé et développé l'existence d'un *sponsalitium* évalué en argent, peut-être sous l'effet d'un système économique nouveau, peut-être aussi par suite de l'habitude romaine et languedocienne de stipuler des dots pécuniaires. Le *sponsalitium* contractuel consistant dans les revenus d'un immeuble sous la forme d'une rente est connu à Montpellier et pratiqué au début du XII^e siècle (9), puis les parties en vinrent à stipuler un *sponsalitium*, toujours affecté sur des immeubles, mais évalué forfaitairement et sans arrérages : tel est le cas des assignats de *sponsalitium* de Marie de Montpellier (10). Enfin le mari stipule un *sponsalitium* estimé en capital, comme la dot (11). La femme n'a plus ainsi de droit immédiat sur la terre qui jadis fournissait les sommes promises ; à l'époque de cette transformation, vers la première moitié du XII^e siècle, la notion de droit réel et de droit personnel se précisant, la femme n'eut plus contre son mari qu'un droit de créance. Il fallait naturellement adjoindre à l'obligation une garantie. Cette

(8) Cf. ci-dessus, ch. III.

(9) Cartulaire des Guilhems, 128, contrat en date de 1129 par lequel Guilhem VI donne à sa femme Sibyle de Mataplane 500 sous melgoriens de revenus sur sa terre de Lattes.

(10) Cf. ci-dessus, Ch. II.

(11) Cf. ci-dessus, Ch. III.

évolution des mœurs favorisa l'extension de l'*obligatio omnium bonorum*, à l'origine purement personnelle comme les obligations qu'elle accompagnait.

Nous avons indiqué plus haut ces autorisations contractuelles de vendre les biens du mari (*posse et licencia*) jusqu'à concurrence de la somme fixée par le contrat de mariage. Elles se présentent d'ailleurs plus comme des obligations conjointes à l'obligation principale que comme des garanties de cette obligation.

La plupart de celles que nous avons rapportées au chapitre III, sont des obligations générales; cependant on pourrait citer comme obligation spéciale la clause du contrat de Bernard-Raymond « de Veteri Tholosana » (*habeas domina tu Stephana uxor mea, licentiam et liberam facultatem de predicto maillole cum terra in qua est, vendendi et impignorandi vel alio modo alienandi*) (12) et le contrat d'Esclarmonde de Foix et de Bernard d'Alion : *Et ego Bernardus de Alione et frater meus Arnaldus, pro predictis X millibus solidis mulgariensibus, de quibus sumus bene paccati, obligamus tibi Raymondi comiti* (le beau-père) *et dicte uxori mee Esclarmunde, villas de Artiguis et de Mediane, cum hominibus et feminis ibidem presentibus et futuris, campis et vineis* (13).

Garantie générale de la femme par son droit sur l'universalité du patrimoine du mari et, plus directement, sur le *sponsalitium* assigné quand il existait; garanties techniques appliquées à la dot et provoquées par l'évolution de la vie économique, telles sont, à notre avis, les deux causes *internes* qui permettront la rénovation de l'hypothèque romaine.

(12) Ci-dessus, Ch. III, p. 52.

(13) *Histoire de Languedoc*, VIII, 298, 5^e année 1236.

A côté de ces deux causes, dans une certaine mesure indépendantes de la renaissance, ont agi des causes *extérieures à l'état du droit*. On constate, en effet, dès les premières années du XIII^e siècle, un bouleversement juridique. Peut-on soutenir qu'il résulte de l'influence doctrinale seule de quelques grands juristes ? Il est certain qu'il y a eu, en plus de cette influence et avant elle, des tendances diverses qui préparèrent le terrain aux Glossateurs principalement dans le Midi de la France. D'ailleurs, si l'influence des savants avait suffi à imposer le droit de Justinien, comme toute la chrétienté occidentale, à peu près au même moment, subit l'influence des mêmes Glossateurs, on aurait dû aboutir, avec une culture juridique partout la même, à une transformation universelle et identique du droit. En fait il n'en est rien et le Midi de la France est plutôt romain 150 ans avant que le Nord le devienne un peu.

Il y a eu, semble-t-il, dans l'ancienne Narbonnaise et principalement en Languedoc, deux éléments qui ont permis à la Doctrine de préciser les institutions dans un sens romain.

Nous attachons d'abord une certaine importance à la *valeur des mots*. Nous avons dit que la terminologie romaine (qui s'était conservée), maniée par le Moyen Age constituait surtout un habillage factice d'institutions ou de situations juridiques qui n'avaient rien à voir avec Rome. Mais lorsque les Glossateurs apparurent, comme ils utilisaient la même terminologie, ils donnèrent l'impression qu'ils parlaient de choses connues et pratiquées. Lorsqu'ils dirent : « il n'y a pas de mariage sans dot » on pensa à la phrase traditionnelle *legalis est ordo et de antiqua consuetudine servatur ut matrimonium semper*

cum dote fiat alors que longtemps *dos* avait signifié *dos ex marito*. Les nouveaux usages, les nouvelles réglementations, ne parurent pas étrangères et leur introduction fut ainsi facilitée.

Un autre motif, d'ordre politique, celui-là, a permis, pensons-nous, le bouleversement des institutions : la monarchie capétienne a favorisé la romanisation des pays méridionaux nouvellement annexés, soit pour niveler, à son profit, le droit et tuer les Coutumes locales, soit par respect pour ce qu'elle croyait être leur droit de toujours.

Citons la réponse d'Alphonse de Poitiers, frère de Saint Louis aux barons toulousains qui venaient lui rappeler leurs usages : *Videtur consilio domini comitis quod cum publicae utilitatis intersit servari ac praesertim, cum jus scriptum finitum in causarum cognitionibus, examinationibus et decisionibus processum fuerit et jus scriptum observatum, quod non sit ab ista observatione recedendum* (14).

Les rois capétiens parurent plutôt disposés à imposer le respect du droit romain et de sa pratique en tant qu'usage général des pays de droit écrit. Cette politique s'est particulièrement marquée en matière de régime matrimonial et de répétition de la dot ; en 1254 Saint-Louis impose l'application du droit romain *licet de consuetudine gallicana aliter observatur* à l'égard des femmes des Albigeois qui agissent en répétition de leur dot contre des créanciers de leurs maris hérétiques (15).

(14) V. Jarriand, *op. cit.*, p. 387.

Philippe III, au contraire, voulant se concilier ses nouveaux sujets, autorisa la rédaction de leurs Coutumes, mais en la faisant sérieusement contrôler. Les Toulousains, de leur côté, luttèrent dans une certaine mesure contre la romanisation de leur droit.

(15) Ordonnances des Rois de France, I, 61 : *Quid vero quaesistis quid vobis de creditoribus hereticorum qui sua credita repetunt vel eorum uxoris dotem vel dotalicium repentibus sit tenendum, vobis taliter respondemus quod, licet de consuetudine Gallicana aliter observetur, quia tamen terra illa regitur jure scripto, volumus creditoribus satisfieri.*

En 1294 Philippe le Bel, dans un mandement au Sénéchal de Beaucaire « pour maintenir le privilège de la dot des femmes dans l'étendue de sa sénéchaussée » est encore plus catégorique : *Mandamus vobis quatenus mulieres sub vobis comorantes, ypotecas priores habentes pro suis dotaliciis in bonis maritorum suorum sitis sub vestris districtibus, in ypotecis predictis praeferatas ceteris creditoribus posteriores habentibus ypotecas in bonis eisdem, licet de contractibus habitis in nundinis nostris Campaniae factae fuerint obligationes predictae, maxime cum illa terra in qua sunt sita bona predicta jure scripto regatur* (16).

La Doctrine, enfin, eut son influence par l'intermédiaire des notaires, des huissiers et de tout ce personnel de la pratique qu'elle formait dans ses Ecoles de Montpellier, de Toulouse, et même de Bologne.

Le droit romain, introduit par toutes ces causes, a modifié ou complété les conceptions matrimoniales du Midi de la France sous un quadruple aspect :

a) L'idée de dot s'est généralisée et parallèlement biens dotaux et paraphernaux ont été soigneusement distingués. Le premier registre des Archives du département de l'Hérault (Holanie, 7 juillet 1327 — 12 novembre 1328) renferme sur moins d'une année onze contrats de mariage parmi lesquels dix stipulent des dots immobilières et un seulement une dot pécuniaire.

b) Le *sponsalitium* médiéval et la *donatio propter nuptias* de Justinien se sont confondus. L'ancien *sponsalitium* ressemblait à la *donatio ante nuptias* et au

(16) Ménard, *Histoire de Nîmes*, Preuves, p. 134.

douaire ; le nouveau, dans son appellation comme dans sa nature, est une contre-dot, un *augment*, et non plus, surtout, une institution successorale (17).

c) La femme est considérée comme un être faible dont on protégera la fortune par l'inaliénabilité dotale et par le Velléien.

d) Enfin la liberté et l'indépendance de chacun des époux pour l'administration de ses propres remplacera la solidarité juridique du ménage.

Toutes ces nouvelles situations concouraient à renforcer les garanties de la femme. Les institutions de transition du XIII^e siècle avaient, par leur marche propre, ébauché une évolution vers une garantie unique, générale et réelle. Les théoriciens et les praticiens du droit romain amplifiant, adaptant, déformant même, feront de cette garantie une hypothèque dotale privilégiée.

Dès les premières années du XIV^e siècle, dans tous les contrats de la région de Montpellier et de ses environs, sans exception, que nous avons vus, le mari s'engage *sub obligatione omnium bonorum suorum* à restituer à sa femme sa dot ; le caractère immobilier, mobilier ou pécuniaire de l'apport ne modifie en rien les termes de l'engagement du mari.

Mais remarquons d'abord qu'à cette époque deux *obligationes* garantissent simultanément les promesses des contractants : l'*obligatio omnium bonorum* dotale, qui garantit le mari du paiement de la dot et la femme de la restitution de celle-ci, et l'*obligatio omnium bonorum*

(17) Par exemple le contrat de Bernard Raymond « de Veteri Tholosana » et d'Etienne, cité ci-dessus.

attachée à l'*instrumentum publicum* (18). Tout engagement pris sur acte notarié emporte obligation générale, donc la promesse du constituant de payer la dot, ou du mari de la restituer, sont déjà *ipso facto* garanties par une sûreté qui remonte au jour du contrat.

Quel est l'intérêt de cette *obligatio* dotale qui vient se surajouter à l'*obligatio bonorum* née du contrat ? Il ne peut s'agir, estimons-nous, d'une question de rang ; la femme serait, a-t-on dit, préférée aux créanciers antérieurs s'il y a obligation expresse (19). Cette hypothèse se heurte à l'unanimité des théories doctrinales et, de plus, aux faits, car dans les pays où l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas privilégiée on l'adjoint pourtant à l'hypothèque née du contrat.

Nous croyons que l'*obligatio omnium bonorum* qui garantit la promesse de restitution vient pallier aux inconvénients de l'*obligatio* contractuelle, trop vague, trop imprécise et à laquelle les parties peuvent toujours renoncer.

Quelle que soit l'époque du XIV^e au XVI^e siècle une clause d'*obligatio omnium bonorum* dotale se présente toujours de la même façon ; les mots seuls changent, car

(18) *Obligavit omnia et singula bona sua mobilia et immobilia praesentia et futura virtute et rigoribus omnium et quarumcumque curiarum etc... per quas etc... et ita promissa juravit etc...* est la formule à peu près classique qui termine chaque engagement. Parfois toutes les parties présentes au contrat prêtent le même serment : *dicte partes et earum quilibet in solidum videlicet una pars alteri parti et ex converso sub obligatione omnium bonorum etc...* Nous n'avons trouvé, dans le Languedoc méditerranéen, aucune constitution de caution, mais nous pouvons en signaler l'existence dans un curieux contrat auvergnat du 1^{er} juillet 1322 dont l'original appartient à M. le Professeur Bouhet de la Faculté des Sciences de Montpellier et dont M. le Professeur Tisset donnera prochainement la publication intégrale : *partes et fidejussores predicti* (au nombre de 3) *et quilibet et quilibet in solidum et expresse concesserunt se et heredes et successores suos debere compelli a nobis et ab...*

(19) Bonnecorse de Lubières, *La condition des gens mariés en Provence*, p. 75 et 76.

le vocabulaire technique, surtout jusque vers le début du XV^e siècle, est encore confus : les mots *obligare*, *ypothecare*, *astringere*, *donare*, *assignare in et super* (20) *submittere*, *subponere* (et l'énumération n'est pas exhaustive) ont tous la même signification.

La clause de garantie est un tout juridique disposé à la fin du contrat entre la constitution de l'augment et les renonciations. Elle peut être stipulée soit par le mari, soit par son père, soit par l'un et l'autre. Une analyse un peu poussée permettrait de la décomposer en quatre parties :

I. *La reconnaissance de l'étendue de la dot*

Cette reconnaissance est l'acte essentiel par lequel le mari constate qu'il a reçu une valeur dotale et délimite ainsi l'étendue de son obligation. La femme et le mari seront fixés à la dissolution du mariage sur le montant de leur créance et de leur dette et l'on ne pourra réclamer au mari rien au delà de ce qu'il a reconnu.

Il ne faut surtout pas confondre la reconnaissance de l'étendue de la dot avec la quittance dotale. L'une et l'autre peuvent coexister dans le même acte, mais elles ne régissent pas les rapports des mêmes parties. La quittance de dot fixe la situation du constituant à l'égard du mari au moment de la tradition : la reconnaissance précise les rapports ultérieurs du mari et de la femme (ou de ses ayants droit) seuls. Le but unique et l'effet juri-

(20) Nous ne croyons pas qu'il faille attacher aux mots *donare* (*dare*), *assignare dotem in et super bonis mariti* un sens spécial. Les notaires l'emploient le plus souvent en corrélation avec *obligare*, pour des dots purement immobilières (même sans clauses de emploi) et dans la tournure *assignare super bonis mobilibus et immobilibus*. Il n'y a là, vu l'identité de situations, qu'un renvoi à l'obligation générale.

dique de la reconnaissance ne sont pas de constater la réception de la valeur dotale, mais de préciser le montant de la dette pour la solution de laquelle est stipulée l'*obligatio*.

Les contrats de mariage commencent tous (après les préambules d'usage longtemps conservés) par un inventaire minutieux des biens qui composent la dot et l'augment. Ceux-ci énumérés, le mari, le plus souvent, bloque l'énumération qui vient d'être faite dans la formule *totam quidem predictam dotem et predictum augmentum dotale... promittit restituere... etc...* Cela n'a rien à voir, nous l'avons déjà dit, avec une quittance de dot. Le mari dit seulement : Je m'oblige à restituer *tel* bien situé à tel endroit, *tant* de livres tournois. Les contrats du XV^e siècle sont à ce sujet assez caractéristiques : après le double inventaire l'acte se termine ainsi : *super quibus credi voluit dictus (Constantinus) soli et simplici verbo... obligavit... dicte (Antonie) uxori sue... etc...* (21). La reconnaissance et la quittance peuvent d'ailleurs être contenues dans une clause unique car la quittance de la réception emporte de plein droit fixation de l'étendue de l'obligation pour tout ce qui a été reçu : *Et ego Andree Dalini recognosco vobis recepisse dotem, et assigno in et super bonis... etc...* (22).

Les clauses de beaucoup les plus intéressantes sont celles qui figurent dans des contrats passés sans que la dot ait été payée au mari. Celui-ci peut alors confesser la réception ou déclarer ne pas avoir été payé. Dans le premier cas la reconnaissance de l'étendue de la dot est

(21) Archives de l'Hérault, Sie G, Pierre Bourdon, année 1372, f^o 28. Cf. un contrat absolument identique comme clause à la fin du siècle suivant, Archives de l'Hérault, Sie E, Etude Navarre, année 1498, f^o 18.

(22) Archives de l'Hérault, Holanie, III, 29 avril 1342.

identique à ce qu'elle serait s'il y avait eu tradition effective ; le mari renonce à l'exception *non numeratae* ou *non traditae dotis* et il s'oblige pour la restitution d'une dot qu'il n'a pas reçue : *Confiteor et recognosco vobis, dicte uxori mee, presenti ac stipulanti et vestris per vos, me totam predictam dotem habuisse et recepisse, sic quod de eo teneo me per bene paccatum et in ea renuncio exceptioni totius dicte dotis non tradite et non recepte. Quamquidem totam dotem predictam... pro quibusdem tota dote et augmento dotali predictis... reddendis fore... obligo, etc...* (23).

Dans le second cas, le mari limite l'étendue de l'obligation (et de l'*obligatio*) à ce qu'il recevra : on est ainsi en présence d'une garantie « extensible », si l'on peut dire, que crée le contrat dotal, sous des conditions suspensives, qui sont les traditions successives : *Juravit... supradictam dotem recognoscere totiens quotiens exsolvetur atque solutionis ipsius fil, et in casu restitutionis ejusdem, ipsam dotem sive totum illud quod de eadem receperit... restituere... etc...* (24).

Notons la corrélation qui existe entre cette pratique et les théories des Glossateurs sur le rang de l'hypothèque expresse qui *per favorem dotis* remonte rétroactivement du jour de la *traditio dotis* au jour du contrat de mariage. Ajoutons également que le paiement de la dot n'est pas un acte indivisible.

II. La promesse de restituer

L'obligation de restituer existe de plein droit. Pourtant cette promesse figure dans beaucoup de contrats, même

(23) Archives de l'Hérault, Holanie, I, 112 v°, 113 r°, 23 janvier 1327.

(24) Archives de l'Hérault, Et. Escoffier, VIII, 14 avril 1465.

avec un formalisme un peu superstitieux (25). Elle est une des causes du contrat dotal et en même temps de la garantie du mari. Expresse ou sous-entendue elle fixe la nature de son obligation comme la reconnaissance en fixait l'étendue.

III. *La clause d'obligatio omnium bonorum*

L'*obligatio* est le pivot de la clause de garantie, que toutes les autres clauses ne font que préciser. Dans la pratique elle se présente, ce qui ne favorise certes pas les investigations, sous sa forme la plus simple *obligo vobis (me et) omnia bona mea* avec toutes les variétés terminologiques signalées ci-dessus.

L'*obligatio* est souscrite conformément au droit des personnes par le père du mari seul, si son fils est encore en puissance (26), par le fils seul si son père est décédé (27) mais dans les contrats où le père et le fils figurent séparément ou conjointement pour promettre la garantie il est impossible de préciser l'âge du mari et la nature juridique de l'augment, c'est-à-dire de se rendre compte si le père s'engage comme constituant, comme *accipiens* ou seulement comme père.

Lorsqu'il s'agit de la personne en faveur de laquelle est stipulée la sûreté, on peut dire, en principe, que cette garantie est d'abord et nominativement souscrite en

(25) Le notaire ne manque jamais d'écrire, après la formule *promittit reddere et restituere loco et tempore redditionis et restitutionis* : « (*quod absit*) ou (*quod Deus advertat*) ». Cela n'empêche d'ailleurs pas les parties, le sort une fois conjuré, de prévoir minutieusement les modalités de la restitution.

(26) ... *Super quibus, dictus Stephanus, pater dicti Michaelis Rostangni, de Sancto Laurentio de Agucia, obligavit etc.*... Archives de l'Hérault. Et. Escoffier, VIII, 26 janvier 1465.

(27) P. ex. Archives de l'Hérault, Holanie, I, f° 63, 28 octobre 1327.

faveur du constituant, puis de la femme et, éventuellement, de tous ceux qui, un jour, seraient amenés, en droit, à réclamer à leur profit la restitution de la dot (28).

Enfin les biens grevés de la garantie sont toujours, dans les documents que nous avons dépouillés *omnia bona praesentia et futura mobilia et immobilia*. Jusqu'aux environs de l'année 1400 et dans tous les cas de droit commun, sauf clause contraire, le stipulant oblige *personam suam*. Nous n'avons pas rencontré dans nos dépouillements, pourtant assez nombreux, d'*obligation spéciale*, de cantonnement de la garantie ; mais il est vraisemblable qu'il en a existé, quoique dans des proportions infimes par rapport aux obligations générales.

IV. *La clause de compétence*

Enfin, suivant la pratique normale au Moyen Age, les parties indiquent le plus souvent la ou les juridictions devant lesquelles seraient portés les litiges qui pourraient se produire au sujet de la restitution de la dot. Ces tribunaux sont naturellement les plus rigoureux mais celui qui a, de beaucoup, le plus la faveur des parties, à Montpellier, mais aussi à Toulouse (29), à Aix-en-Pro-

(28) La clause dit le plus souvent *vobis et vestris per vos...* mais également *eidem nobili domine Johanne Rigoderi, soceroque et uxori sue obligavit*, (Archives de l'Hérault, Et. Escoffier XIII, 18 avril 1474) c'est-à-dire les bénéficiaires éventuels de retour légal ou conventionnel, la femme, et « *omnibus aliis quorum interest, interit, interesseque potest seu poluerit...* » (*ibid.*) ou « *quibus ipsa dos de jure seu de consuetudine restitui debuerit* » (Et. Escoffier, VIII, 16 avril 1465).

(29) Contrat de mariage de Pierre d'Eyquem de Montaigne (le père de Michel) et d'Antoinette de Lopez (15 janvier 1529) édité par M. l'Abbé Corraze, dans son étude sur *Les Lopez, ancêtres maternels de Michel de Montaigne*. Voir dans ce contrat l'assignation de dot spéciale à la région bordelaise et les différences d'interprétation du texte en latin et de sa traduction en français.

vence (30) est la Cour Royale du Petit-Scel de Montpellier (31), cette juridiction « nationale » dont les règles de procédure étaient telles que la simple soumission d'un débiteur à sa compétence devait presque toujours être la plus sûre garantie de l'exécution de l'obligation.

Or, le Petit Scel a été spécialement créé par Saint Louis et par Philippe le Bel pour connaître des *obligationes* ; voici un contrat de 1336 qui précise la façon dont les effets normaux de l'*obligatio omnium bonorum* s'exerçaient à cette date et devant cette juridiction : ... *Ego, Bernardus Roadi, obligo omnia bona mea, presentia et futura, sub viribus, districtu et cohactione Sigilli Montispessulani dicti domini Francie Regis, foro et jurisdictioni Curie cujusdem Sigilli omnia bona mea supponendo; non entendens tamen personam meam sub viribus dicti Si-*

(30) Voir les contrats cités dans les pièces justificatives de Bonnecorse de Lubières, *op. cit.*

(31) Créée par Saint-Louis vers 1245 et transférée par Philippe-le-Bel d'Aigues-Mortes à Sommières puis à Montpelliérêt en 1292, la Cour du Petit Scel était compétente « pour abrégier les chicanes » en matière de dettes. La procédure, particulièrement rigoureuse, que l'on y observait peut se résumer dans les six règles suivantes :

Le débiteur, une fois qu'il avait accepté cette compétence ne pouvait plus s'y soustraire ;

— Il ne pouvait être entendu qu'après avoir payé, fourni caution ou avoir été incarcéré ;

— Il ne pouvait élever que les trois exceptions de paiement, d'inscription de faux, ou de remise de dettes (*solutum, falsum, pactum de non petendo*) ;

— Le créancier pouvait toujours (sauf clause contraire dans l'*instrumentum*) se saisir simultanément de la personne et des biens du débiteur ;

— La sentence était sans appel ;

— Le débiteur défaillant était frappé d'une amende égale aux 10 % de sa dette et versée aux pauvres (disposition abrogée en 1624).

Le Petit Scel et le Châtelet, étaient les seules cours attributives de juridiction en France, c'est-à-dire ouvertes à tous les habitants du royaume (la Cour de Brie l'était, en plus, pour les litiges relatifs aux foires de Champagne) ; seize lieutenants en France relevaient directement du Petit Scel dans seize villes importantes (Paris comprise) et rendaient la justice au nom de la Cour et suivant ses règles de procédure. Ajoutons qu'en raison de cette compétence territoriale les notaires de Montpellier, dits « du Petit Scel » pouvaient, jusqu'à la fin de l'ancien régime, instrumenter pour tout le Royaume.

Voir Aigrefeuille, II, p. 363, 364.

gilli aliquathenus obligare pro predictis (dote et augmento), volens et concedens quod ad predicta omnia et singula complenda et attendenda compelli possim, ubique locorum, per captionem et celerem venditionem dictorum bonorum meorum juxta viribus dicti Sigilli per dictam Curiam regiam seu per quamlibet aliam Curiam secularem vel ecclesiasticam ad hec requisitam... Renuncians, etc... (32).

On voit qu'il ne s'agit là en rien d'une sûreté réelle, mais uniquement d'une mesure exécutoire, en principe sur la personne et sur les biens du débiteur, mais que l'accord des parties a réduite, pour le cas concret, à la saisie et à la licitation sommaire du patrimoine du débiteur.

L'*obligatio omnium bonorum*, ainsi qu'il est universellement admis pour le XIV^e siècle, n'implique en rien droit de suite et droit de préférence par le simple jeu de sa mise en mouvement. Allons-nous conclure qu'il en est de même pour l'*obligatio* des contrats de mariage ? Il nous paraît difficile de l'admettre, car la femme doit avoir certainement, en vertu de sa situation juridique de femme mariée, un droit de préférence qui accompagne ses droits de recourir à l'exécution immobilière ; tous les auteurs en parlent et le lui refuser serait rendre vaine sa garantie. Il reste la question du droit de suite, que l'obligation générale ne donne pas, et pourtant la femme, dans toutes les aliénations de son patrimoine propre faites par le mari renonce *juri hypothecario, juri hypothecarum*, renonciation dont le seul intérêt est de s'interdire l'exercice du droit de suite que lui confère sa qualité de femme mariée, et que ne lui confère pas, au début, au moins, la matérialité du contrat. La tradition,

(32) Archives de l'Hérault, Holanie, III, f^o 16.

la doctrine, la jurisprudence ont peut-être superposé à un procédé technique d'exécution une idée juridique romaine. La femme n'aurait pas eu, initialement, une hypothèque dotale, mais des facilités d'exécution mobilière et immobilière et un *jus hypothecarum* dont parlent souvent les textes (33). Au jour où la technique et le concept se seraient confondus, la garantie serait devenue une véritable hypothèque privilégiée.

(33) Parfois même la femme renonce et au *jus hypothecarum* et à un *jus auementorum*, ou *privilegium auementorum*, qui eut fort étonné Justinien, mais qui se conçoit parfaitement pour une époque à laquelle les règles juridiques étaient dissociées de leur expression technique. Citons par exemple la renonciation suivante : *Renunciaverunt juri hypothecario, privilegio dotalem earum, auementorum ipsorum dotalem, et autentico si qua mulier...* (Renonciations de Beatrice, femme de Guillaume de Nogaret et d'Albaha, femme de Jean Gros, relativement à une transaction, en date de novembre 1302, relevée par L.J. Thomas, *La vie privée de Guillaume de Nogaret*. Le contrat provient des Archives de Marsillargues, l'acte a été dressé par Bertrand Boquier, *publicus notarius* à Montpellier).

CHAPITRE VI

LES GARANTIES DE RESTITUTION DE LA DOT AUX XVI^e, XVII^e ET XVIII^e SIÈCLES

La clause contractuelle d'hypothèque est, au cours du XV^e siècle, pratiquement unifiée dans les actes matrimoniaux ; en 1460 environ, au plus tard, la jurisprudence toulousaine (nous en avons la preuve par les *Decisiones Capellae Tholosanae*) applique les dispositions du Digeste et du Code, ne réservant que la loi *Assiduis*. On peut dire qu'avec la première moitié du XVI^e siècle le système juridique de la garantie de la dot est à peu près fixe et a pris son aspect classique. En effet, à cette époque là, les dernières traces des renonciations, seul obstacle au fonctionnement intégral d'un système hypothécaire, ont disparu : les articles 1 à 4 de l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 ont enlevé toute compétence aux Officialités et le serment, lui-même, est ainsi sans valeur. Dans les pays de Coutumes l'hypothèque légale de la femme mariée est introduite par la jurisprudence. Enfin, en Languedoc, le Parlement de Toulouse installé définitivement dans cette ville en 1443 va étendre peu à peu sa compétence sur toutes les

matières et au moment de sa complète organisation, sous Louis XII et François I^{er}, va peser, avec son rigorisme un peu borné, sur la vie du droit ; c'est lui dorénavant qui sera le grand maître des institutions (1).

1. Evolution des Institutions médiévales étudiées ci-dessus.

Les institutions de la période médiévale, dans la mesure où elles existaient encore, risquaient fort d'être vouées à la condamnation et à l'oubli ; ou, si elles s'en sauvaient, d'être difformées au point de devenir à peine reconnaissables. La première de ces destinées fut subie par la caution, la seconde par le gage et l'*assignamentum*.

1° La décadence de la caution comme garantie de restitution de la dot. — Jusqu'à la fin du XV^e siècle les Glossateurs luttent pour tourner la prohibition justinienne ; au siècle suivant on trouve encore quelques actes isolés dont les rédacteurs usent de cette garantie. Enfin, au début du XVII^e siècle, François François constate encore qu'il peut y avoir de l'hésitation sur les termes de la loi romaine et déclare que « ores ne soit la caution civilement admise pour la seule conservation de la dot, sinon pour l'assurance du payement d'icelle » (2). Il semble que la question de la validité de la caution ne prête plus à discussion depuis un arrêt du Parlement en date du 18 mars 1635 par lequel il fut jugé « que le payement de la dot fait volontairement au mari était valable sans cautionnement ni emploi de sa part quoique cette dot ne lui eût été promise qu'à charge de bailler

(1) Voir Dognon, *Les institutions politiques et administratives du Lanquedoc*, p. 378 bis-387.

(2) François François, *op. cit.*, p. 30. Cf. ch. III, note 11.

caution ou de l'employer sur un fonds » (3). Soulatges, qui rapporte cette jurisprudence, s'en félicite à raison d'abord de sa parfaite concordance avec les lois romaines, ensuite à raison des inconvénients sociaux que la pratique contraire pourrait provoquer : « Il est certain, dit-il, que si ces cautionnements avaient lieu dans les mariages, on verrait bientôt les citoyens des villes embarrassés comme cautions les uns des autres, ou même des projets de mariage bientôt détruits par la difficulté de trouver des cautions, ce qui mettrait la fortune des citoyens dans l'incertitude pendant toute leur vie et troublerait le repos des familles les plus réglées et les plus opulentes ». Sans apprécier une telle opinion, constatons seulement que le Code civil, considérant le mari comme un usufruitier privilégié, n'a pas craint d'autoriser les conjoints à prévoir la présence d'une caution par une clause formelle du contrat de mariage (4).

2° Les destinées du gage. — Il n'est plus question, au XVII^e et XVIII^e siècle, que le mari donne un immeuble en gage à sa femme pour garantir la restitution de la dot. Mais les jurisprudences des Parlements de Bordeaux et de Toulouse ont accordé à la femme, sous le nom de *droit d'insistance*, un droit de rétention des immeubles du mari avec perception des fruits (s'imputant d'abord sur les intérêts, puis sur le capital) jusqu'à payement de la dot (5). Alors qu'à Bordeaux cette antichrèse *post mortem* n'existe que si le mari y a consenti par avance

(3) Soulatges, *Coutumes de Toulouse*, p. 332-333.

(4) C. civ. article 1550.

(5) Catellan, IV, 76 ; Vedel sur Catellan, *ibid.* ; Serres, II, XIX, 7 ; Soulatges sur d'Olive, p. 339 ; *Jur. Gen.*, Dalloz, v^o *Contrat de mariage*, 4234. Cf. Req. 22 février 1845, D.P., 45.1.122.

dans le contrat de mariage, à Toulouse, elle est acquise de plein droit à la femme (6).

Le droit de rétention était opposable aux héritiers du mari comme au mari lui-même ; ils ne pouvaient faire cesser l'exercice du droit de la femme et la perception des fruits qu'en remboursant la dot sans qu'il leur fût permis de procéder préalablement à la vente. A l'égard des créanciers, le Parlement de Toulouse, qui pourtant se montrait si favorable à la dot, sur ce point était rigoureux pour la femme et décidait que « sur les créanciers ce privilège n'a pas lieu ; que ceux-ci peuvent en tout temps faire saisir les biens de leur débiteur et en déposséder par le bail judiciaire la femme et les enfants auxquels on adjuge une provision pendant le procès, sauf à eux de faire opposition et de demander leurs droits » (7). Le Parlement de Bordeaux, par contre, mit longtemps à admettre que les créanciers pouvaient faire mettre en vente les biens engagés, et lorsqu'il le décida, il réserva utilement les droits de la femme en contraignant les saisissants à porter les enchères à un prix suffisamment élevé pour couvrir la restitution de la dot. Mais alors qu'à Bordeaux le droit d'insistance est strictement personnel, à Toulouse il passe aux enfants, au moins dans la jurisprudence définitive (8).

(6) Bordeaux, 26 mars 1831, *Jur. Gen.*, Dalloz, *ibid.*, p. 274, note 2 : « Attendu que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence du Parlement, invoquée par la De Dubreuilh, le droit de rétention n'avait lieu au profit de la femme que lorsque ce droit avait été stipulé par le contrat de mariage ... »

Toulouse, 3 mars 1845, *ibid.*, note 1 : « Considérant que sous l'ancienne jurisprudence la femme, indépendamment de son hypothèque légale, jouissait toujours du droit de retenir à titre de nantissement ou de gage les biens de son mari jusqu'à payement de sa dot ... »

(7) Arrêt du 14 février 1693 cité par Catellan, *loc. cit.*, et Vedel, *ibid.*

(8) Quelques arrêts rapportés par Catellan le leur refusèrent, en prétendant que le fondement du droit de rétention serait une commune jouis-

3° **Les destinées de l'*assignamentum*.** — Soulatges, étudiant l'article de la Coutume de Toulouse sur l'*assignamentum*, affirme que « ces déclarations d'emploi faites par le mari sur ses propres pour les deniers dotaux de la femme » ne sont pas observés à son époque ni dans les autres pays de droit écrit. Il continue en disant que la femme ne peut plus venir réclamer en justice un *assignamentum*, et que « ce n'est que lors du contrat de mariage que la femme ou un autre constituant peut obliger le mari à assigner un immeuble pour la sûreté de sa dot ou à la reconnaître sur tous ses biens lorsqu'elle consiste en argent ou effets mobiliers qui peuvent se consommer ou dépérir par l'usage pour les répéter à la dissolution du mariage » (9), ce qui permet de penser, ainsi que l'a fait M. Meynial, que l'on a exigé pour l'*assignamentum* une clause spéciale du contrat de mariage (10).

Le mot *assignamentum*, vague par lui-même, a été rendu encore plus imprécis par suite des modifications d'aspect que lui a fait subir l'évolution des institutions ; mais quelle que soit la forme définie qu'on lui donne : douaire (assignat du *sponsalitium*), fixation judiciaire de la dot sur un immeuble (*assignamentum* de la Coutume de Toulouse), *conversio pecuniae in dotem*, clause contractuelle de reconnaissance de dot, toutes ces notions procèdent d'une idée unique : la dot est représentée par un

sance des biens du ménage, que les enfants n'ont pas avec leur père, mais Vedel cite les derniers arrêts de la première moitié du XVIII^e siècle qui décident que « le fondement n'en est pas la jouissance, mais un *jus pignoris*, transmissible comme l'hypothèque ».

Cf. Toulouse, 28 février 1825, *Jur. Gen.*, Dalloz, p. 275, note 1, qui cite l'autorité des *Institutions du droit français* de Claude Serres (II, XIX, § 7).

(9) Soulatges, *Coutumes de Toulouse*, p. 346-350.

(10) Meynial, *Cours de Doctorat de droit privé*, 1929-1930.

immeuble du mari avec lequel elle fait corps ; alors que l'hypothèque est une technique d'exécution mise en œuvre à un moment de crise, l'assignation est presque un changement de nature. Seuls diffèrent, entre les variétés d'assignations, la façon suivant laquelle l'immeuble assigné restituera la dot et le degré de quasi totalité incluse.

La conséquence de cela est que peuvent seules être assignées des dots évaluées en argent, c'est-à-dire soit des dots pécuniaires, soit, comme par la suite, des dots immobilières aliénables sans clause de remploi forcé, mais avec une clause de reconnaissance de dot.

Nous ignorons la portée de cet engagement que cite en passant Soulatges et qui consiste pour le mari à « reconnaître la dot pécuniaire sur tous ses biens ». Charmont, dans son opuscule intitulé *Quelques pratiques notariales en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier*, a signalé cette clause dans des contrats de 1785, mais la reconnaissance est alors ce qu'elle est encore aujourd'hui (11), un des deux termes d'une option dont le second est un remploi, autrement dit plutôt un palliatif à l'inaliénabilité qu'une garantie originale. Le mari, au lieu de faire remploi du prix des biens dotaux aliénés, touche les fonds et les reconnaît

(11) La clause de reconnaissance de dot est bien connue des notaires montpelliérains. M^e Domergue, notaire à Montpellier, que nous avons consulté à ce sujet, a bien voulu nous signaler deux contrats passés en sept ans dans son étude, dans lesquels « nonobstant ces stipulations de dotalité, l'épouse aura le droit de vendre ses immeubles, de céder et transférer ses biens et droits dotaux mobiliers et immobiliers... à la seule condition que les prix de vente, cession, transfert, seront employé à l'acquisition au nom de l'épouse à concurrence des valeurs dotaliales aliénées, cédées ou abandonnées en d'autres biens meubles et immeubles... ou en reconnaissance dotal sur les biens patrimoniaux du mari, quelle qu'en soit leur provenance ». La portée de cette clause principalement connue en Languedoc a été définitivement précisée par un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 22 mai 1912, D.P., 1913.1.69.

sur ses immeubles ; si sa fortune immobilière n'était pas suffisante au jour où il a encaissé pour répondre des deniers, la femme ne pourrait pas faire annuler la vente, mais pourrait contraindre le tiers à lui payer le montant de sa dot. Peut-être cette clause a-t-elle pour origine l'*assignatio dotis*, ainsi que le pense M. Meynial (12), mais elle n'était pas alors comme aujourd'hui précisée dans ses effets, et l'ascendance, pour être possible, n'est pas absolument certaine, de même qu'il est difficile de dire si l'assignation contractuelle dont parle Soulatges est analogue à la clause de reconnaissance de dot de la fin du XVIII^e siècle qu'a retrouvée Charmont.

Ce que vise surtout Soulatges, lorsqu'il parle de l'*assignamentum* de sa Coutume, est la dotalité incluse (13), qui n'est pas, comme on l'a dit, une « monstruosité juridique » et une « nouveauté hardie » (14), mais une vieille tradition de droit écrit. Soulatges semble ainsi admettre l'existence de deux *assignamenta*, l'un contractuel, l'autre judiciaire ; mais le deuxième n'est pas un *assignamentum*, car l'immeuble qui représente la dot n'est qu'accidentellement la propriété du mari et n'est compté dans son patrimoine que par une subtilité juridique.

(12) *N.R.H.*, p. 53-54.

(13) « Il n'y a qu'un cas où la femme peut pendant le mariage demander que sa dot soit assignée sur un fonds, c'est celui où le mari est devenu insolvable... elle peut demander que sa dot soit placée sur un immeuble... l'immeuble ne devient pas pour cela dotal ... mais lorsque la dot consiste en argent comptant et que les deniers employés l'ont été à l'acquisition d'un immeuble au nom de la femme et à son insu, cet immeuble devient subsidiairement dotal ... etc... ».

(14) Note de Labbé au Sirey, 1893.1.35.

II. *Le privilège dotal dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse*

Le privilège dont bénéficie la femme est la garantie ordinaire qui lui permet de répéter sa dot ; c'est même la seule garantie qu'envisagent sérieusement la doctrine et la jurisprudence.

Cette sûreté est beaucoup plus importante dans l'ancien droit qu'elle ne l'est aujourd'hui, d'abord, du fait de l'importance plus grande qu'avait alors la propriété immobilière, juridiquement aussi, car, indépendamment du privilège de la loi *Assiduis*, spécial à Toulouse, par son point de départ et par son assiette, l'hypothèque dotale était une mesure rigoureuse.

1^o Point de départ de l'hypothèque dotale. — Les biens du mari qui répondent des créances de la femme sont ceux existant au moment du contrat de mariage, s'il en a été passé un. C'est déjà la théorie classique des Glossateurs, contraire à celle de Bartole, mais le droit moderne donne comme fondement formel à cette décision l'existence d'un acte notarié qui emporte normalement hypothèque. L'hypothèque générale née du contrat vient ainsi précéder dans ses effets l'hypothèque dotale qui la prolonge et avec laquelle elle arrive à des résultats identiques.

La nécessité d'un *instrumentum publicum* pour fixer antérieurement au mariage l'assiette de l'hypothèque aboutit aux conséquences suivantes : le mari qui s'oblige doit avoir la capacité de le faire ; le contrat de mariage passé avec un impubère n'emporte pas hypothèque ; le notaire qui rédige l'acte doit être territorialement compé-

tent ; le contrat doit avoir été passé en France ; enfin et surtout, il doit y avoir eu un contrat public. Si l'une seule de ces conditions n'est pas réalisée, les seuls biens qui garantiront la restitution de la dot seront non plus les biens existant au moment du contrat, mais ceux existant au moment de la célébration du mariage et l'hypothèque de la femme sera une hypothèque tacite. Il ne semble donc pas que l'hypothèque expresse et l'hypothèque tacite puissent coexister : lorsque la femme est nantie de l'une de ces deux sûretés, elle ne peut pas en même temps avoir l'autre (15).

Enfin, conformément à la Glose, l'hypothèque expresse ne prend naissance au moment du contrat et l'hypothèque tacite au moment de la célébration du mariage que si la dot a été reçue par le mari (16).

2° L'assiette de l'hypothèque. — L'hypothèque grève, en principe, tous les biens du mari, mais de façons différentes pour les immeubles sur lesquels existe un droit de suite, et les meubles qui « n'ont pas de suite par hypothèque ». La règle est générale dans le ressort et son application à la dot prévue par la jurisprudence. Mais, de droit commun, la femme aura sur les meubles du mari un privilège mobilier (17). L'hypothèque porte

(15) Voir Roussilhe, *Traité de la dot*, p. 205-238 ; Eyquem, *Le régime dotal*, 1^{re} partie, et toutes les références qu'ils donnent.

(16) A moins que le mari ait, par négligence, laissé s'écouler les délais impartis par le contrat pour que s'effectue le paiement de la dot, ou dans tous les cas, lorsque la prescription décennale s'est accomplie, voir Catellan, IV, 46. La jurisprudence décide également que « lorsque la somme constituée en dot est fixe et certaine et non vague de tous les noms, droits etc... les reconnaissances faites par le mari sont bonnes encore qu'il n'y ait pas réelle numération ». Arrêt du 23 avril 1693, Aff. Jeanne Dabadie c/ Gaspard, *Journal du Palais*, I, 182. Cf. l'arrêt du 16 juillet 1707, distribution Mouton, qui cite l'autorité des *Decisiones Capellae Tholosanae* (J.P., II, 418) et Soulatges sur d'Olive, p. 341.

(17) Voir Catellan, IV, 26 et les arrêts qu'il cite d'août 1666 et de mai 1676.

même sur les biens grevés de substitution qui demeurent dans le patrimoine du mari, conformément à la Nouvelle 39 et à l'Ordonnance d'août 1747 : « Les lois ont présumé que le père faisant une substitution pour perpétuer son bien a eu comme dessein que ses enfants se marient. On en a conclu que, s'il a voulu le mariage, il a admis le principe d'une sûreté grévante les biens » (18). Mais pour concilier le mieux possible cette présomption de volonté du testateur et le droit normal des substitutions, il fut décidé que la femme n'aurait sur ces biens qu'un recours subsidiaire : le mari doit non seulement ne pas avoir de biens libres au moment où la femme exerce sa sûreté, mais même ne pas en avoir eu au moment du contrat de mariage, car la femme est tenue d'exercer son recours contre les tiers-acquéreurs des immeubles du mari avant de pouvoir inquiéter les substitués (19). Le Parlement de Toulouse, suivant en cela l'évolution ébauchée par les Glossateurs, étendit aux biens du père du mari l'assiette de l'hypothèque dotale.

Dans le ressort du Parlement de Paris, où le plus généralement le mariage émancipait, la question ne se posait évidemment pas ; mais à Toulouse, comme dans les autres provinces de droit écrit, le fils marié demeurait en puissance ; aussi la jurisprudence, comme contrepartie de la subordination dans laquelle elle retenait le fils de famille, imposa-t-elle au père l'obligation de supporter conjointement la garantie. Nous avons vu ci-dessus que les interprètes donnaient initialement à la femme une hypothèque expresse forcée ; puis ils lui

(18) Ordonnance sur les substitutions, article 44.

(19) Solution traditionnelle dans le ressort du Parlement de Toulouse (d'Olive, III, 22 ; Catellan, IV, 44 ; Soulatges sur d'Olive, p. 341) et confirmée par l'Ordonnance de 1747.

reconnurent une hypothèque tacite spéciale résultant de l'obligation prise par le père avec son fils de restituer la dot. Glavérol rapporte que devant le Parlement l'hypothèque ne grevait initialement les biens du beau-père que s'il avait reçu la dot ou s'il l'avait fait verser à son fils ; ce sont là, en effet, les deux hypothèses visées par la loi *Si cum dotem, § transgrediamur* (D. 24.3.22) *pater tenetur de dotis actione, si dos socero data sit, si filio data jussu soceri*. L'extension de la solution se fait à partir du sens donné au mot *jussus* : « C'est ainsi, explique Catellan, que l'Empereur Justinien dans ses *Institutions*, voulant dire que le consentement du père est nécessaire dans le mariage du fils de famille, a dit que *patris jussus matrimonium praecedere debet*, et suivant cette explication du mot *jussus*, mis à la place de *consensus*, le Parlement a établi que la seule présence du père lorsque son fils reçoit une dot rend ce père responsable de la dot ainsi reçue en sa présence et de son consentement ». Cette interprétation fut admise jusqu'au 3 juin 1662 où un arrêt jugea « que la seule présence du beau-père au contrat le rend responsable de la dot, bien que celle-ci ait été payée au fils en son absence » (20). Il n'y avait pas là changement apporté à la jurisprudence antérieure, mais renchérissement de sévérité dans un esprit identique. Mais si le père en mariant son fils l'émancipe par contrat et lui fait une donation, la femme ne pourra agir pour sa dot que sur les biens du mari.

3° Le rang de l'hypothèque dotale.

A. *En quoi consiste le privilège de la loi Assiduis ?*. —

(20) Catellan, IV, 10. Cf. arrêts du 1^{er} juillet 1694, aff. Duviol c/ Françoise Ferrière, *J.P.*, I, 250 et du 3 juillet 1696 Jeanne Laffont c/ Bancillon *ibid*, 252.

Alors que l'Officialité de Toulouse, dans la seconde moitié du XV^e siècle, déclarait que l'hypothèque de la femme n'était privilégiée qu'à compter du jour du contrat, le Parlement de Toulouse consacra, au contraire, la règle justinienne de priorité de la femme à l'égard des créanciers antérieurs au contrat de mariage.

Il ne nous est pas possible de fixer une date exacte à cette jurisprudence. Dans le *Code des décisions forenses* Desbrosses rapporte un arrêt du 25 février 1566, par lequel il fut déjà jugé « que la femme pour la répétition de sa dot est préférée aux créanciers antérieurs non privilégiés, soit qu'ils aient expresse ou tacite hypothèque. C'est, ajoute l'arrêtiste, l'opinion de Justinian rapportée par Martin en la loi *Assiduis*, laquelle ne fait aucune distinction » (21).

Mais ce privilège dotal n'existe à l'égard des créanciers antérieurs au mariage qu'en ce qui concerne le droit de préférence. La femme peut seulement provoquer la vente, produire à l'ordre, et se faire payer en premier rang ; mais « quelle que privilégiée que soit la dot de la femme elle ne peut troubler pour la répétition de celle-ci les acquéreurs antérieurs à son contrat de mariage, attendu qu'elle n'a acquis aucune hypothèque sur des biens qui étaient hors la main de son mari » (22). Cependant parfois la femme peut « par accident et par l'entremise d'une personne étrangère » recourir contre les acquéreurs antérieurs au contrat ; en effet, si un créancier se trouve antérieur à l'aliénation « il donne insensiblement la main à la femme et lui fait ouverture contre les acquéreurs qui étaient à couvert de son hypothèque », par appli-

(21) VIII, déc. 2 et 14. Notons que Desbrosses ne parle ici que d'une simple préférence.

(22) D'Olive, III, 26 ; Soulatges, *Coutumes de Toulouse*, p. 310.

cation de la règle *si vinco vincentem te, a fortiori vinco te* ; en d'autres termes, la femme peut exercer son droit de suite contre un acquéreur antérieur au contrat dont les biens entreraient dans le gage d'un créancier antérieur à lui. Le privilège dotal bénéficie d'une sorte de subrogation forcée (23).

Le privilège de la loi *Assiduis* ne garantit que la restitution de la dot et de ses augmentations faites pendant le mariage, pourvu qu'il n'y ait point de créanciers au moment de ces augmentations, car s'il y en avait on présumerait qu'elles ont été faites en fraude de leur droit et on ne colloquerait la femme que du jour de l'augmentation (24).

D'après la Glose, la femme ne bénéficie du privilège de Justinien que si elle jouit d'une hypothèque tacite. Les auteurs les plus favorables à la femme, Cynus, Belleperche, ne discutaient même pas le rang d'une hypothèque expresse, tant ils étaient convaincus qu'elle ne pouvait être privilégiée. Mais, depuis la Renaissance, les idées ont fort évolué et, contrairement à ce qu'ont pu prétendre certains auteurs, et non des moindres (25), les théories des Glossateurs ne se retrouvent que de très loin dans le droit moderne. Dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse le privilège dotal n'est plus attribué qu'à l'hypothèque expresse. Les arrêtistes traitant de la question parlent tous d'un contrat privé ou public (26) ; et un arrêt du 7 juin 1719 vint décider que

(23) D'Olive, *loc. quo. sup.*

(24) Catellan, IV, 55 ; Soulatges sur d'Olive, p. 336. Cf. arrêt du 26 janvier 1699, aff. François de Fontenille c / Gaston de Fontenille, *J.P.*, II, 194.

(25) Telle est, par exemple, l'opinion de M. Meynial, *N.H.R.*, 1902, p. 57.

(26) Par exemple d'Olive, III, 35 et l'arrêt du 28 novembre 1636 qu'il rapporte.

« le contrat devait être public, que les pactes privés de mariage n'avaient privilège ni hypothèque que du jour de l'aveu et ne pouvaient porter le moindre préjudice à un créancier antérieur » (27).

Cette solution est d'ailleurs la plus rationnelle, car on ne comprendrait pas pourquoi une femme qui aurait pris des précautions pour sauvegarder ses droits aurait été plus mal traitée qu'une autre qui les aurait négligées.

La seconde différence avec la Glose est que la femme peut exercer son privilège à l'encontre des créanciers « soit qu'ils aient expresse ou tacite hypothèque » (28). C'est, en principe, la doctrine de Martinus, contraire à celle de la Glose. Mais la jurisprudence toulousaine en arrivera pratiquement à consacrer une troisième solution différente des deux précédentes et décidera qu'à l'égard des hypothèques tacites la préférence se réglera par la maxime *prior tempore potior jure* (29). Lorsque le fisc concourt avec la femme celle-ci n'est privilégiée qu'autant que son hypothèque est antérieure, car si la dette a précédé le mariage le fisc est préféré à la femme (30).

On colloque également avant la dot la capitation, les tailles et deniers royaux, les censives et deniers seigneuriaux, les frais funéraires et de dernière maladie du mari, les réparations, le précaire, le dépôt, le reliquat de tutelle dû par le mari, si la dation de tutelle était antérieure au mariage, et les créances des enfants d'un

(27) Cl. Serres, IV, 6, § 29, p. 569.

(28) *Decisiones forenses* citées ci-dessus, note 21.

(29) Ce principe est notamment exprimé par Catellan, IV, 43.

(30) Le concours entre l'hypothèque de la femme et celle du fisc est déjà réglé dans ce sens par Justinien et par les *Decisiones Capellae Tholosanae*. Le Parlement de Toulouse a élargi la solution en l'étendant à toutes les hypothèques tacites.

premier lit à raison du privilège de leur mère décédée (31).

Notons que dans ces différents cas la date de l'hypothèque de la femme semblerait être celle du mariage et non du contrat, ce qui évoque un rapprochement intéressant avec l'hypothèque tacite.

Le privilège dotal fondé sur la loi *Assiduis* est personnel à la femme qui ne le transmet qu'à ses enfants ; ses autres héritiers et ses créanciers ne peuvent s'en prévaloir.

Toutefois, dans trois cas, un créancier ou un étranger directement intéressé pourra se mettre aux lieu et place de la femme et exercer son privilège :

lorsque la femme a cédé sa dot avec promesse de garantie ou lorsqu'elle a expressément subrogé un créancier à son privilège ;

lorsque la femme a commencé l'exercice de son action dotale, après son décès tous ses ayants droit seront autorisés à poursuivre l'action à leur profit (32) ;

lorsque la femme a un recours contre des biens grevés de substitution. il fut en effet jugé que « la répétition de la dot sur les biens substitués n'était pas un privilège personnel à la femme et qu'il passait *ad quoscumque heredes* ». Catellan qui rapporte cette jurisprudence ne la justifie pas, ce qui est regrettable, car nous avouons ne pas très bien en comprendre le motif (33).

Territorialement la loi *Assiduis* ne s'applique que dans

(31) François François, p. 531 ; Catellan, IV, 34 ; Cl. Serres, *loc. quo sup.*, p. 570.

(32) D'Olive, IV, 8 ; Catellan, IV, 44 ; Cl. Serres, IV, 3, § 29 ; Soulatges, *Coutumes de Toulouse*, p. 299. Cf. pour le premier cas (cession de dot) l'arrêt du 22 janvier 1693, aff. Barravy c/ Besse, *J.P.*, I, 154 ; pour le second (action déjà intentée par la femme) l'arrêt du 21 juin 1695, aff. Pascal c/ Judith Réfrigère, *J.P.*, I, 345.

(33) Catellan, IV, 44, Jean de Catellan, Conseiller au Parlement de Toulouse des années 1660 à 1695 environ, expose que cette décision fut prise en l'année 1690 au rapport de son neveu François de Catellan. Cf. Soulatges sur d'Olive, p. 340 et *Coutumes de Toulouse*, p. 301 et l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, titre I, article 54.

le ressort du Parlement de Toulouse, mais cette compétence résulte de la situation des biens du mari et non du domicile des époux. En effet, expliquent les arrêstistes, « on observe dans les contrats lorsqu'il s'agit d'une hypothèque ou d'un droit réel, la Coutume du lieu où les biens sont situés ; à l'égard des solennités du contrat on suit également la Coutume des lieux, mais lorsqu'il s'agit de la capacité ou habileté des contractants on se règle par la Coutume du lieu de leur domicile. Sur ces principes on regarde les statuts et Coutumes des lieux tantôt comme réels, tantôt comme personnels suivant les circonstances » (34). Ainsi le mot Coutume prend-il avec le XVII^e et le XVIII^e siècles une signification tout à fait différente de son sens initial, celle de ressort d'une juridiction supérieure dans laquelle une jurisprudence est constante. Il n'existe plus une Coutume de Montpellier, de Toulouse, de Cahors, de Montauban, mais une Coutume générale de Languedoc-Quercy-Montalbanais, jurisprudentiellement unifiée au moins à l'égard de certaines matières réelles.

B. Comment se perd le privilège de la loi Assiduis ? —

Le privilège exorbitant que donne à la femme le Parlement de Toulouse ne peut pas être sans limites ; celles-ci procèdent surtout du principe que toutes les fois que la fiancée peut être au courant des dettes de son fiancé elle perd par avance son privilège ; cette connaissance sera soit présumée, soit provoquée :

Si la femme contracte avec un homme dont les biens sont généralement saisis, la dot qu'elle lui porte en cet

(34) D'Olive, III, 26 ; Soulatges sur d'Olive, p. 305. Voir le procès entre la femme de Jacquier et les créanciers de son mari, marchand lyonnais qui avait une maison à Toulouse, arrêt du 5 juillet 1704, *J.P.*, III, 141.

état n'a nul privilège et elle ne sera payée qu'après tous les créanciers qui étaient de la saisie générale (35). Il en est de même *a fortiori* si le mari est en prison pour dettes. On a d'abord admis que la saisie était une mesure grave que ne pouvait ignorer la femme, mais cette présomption de connaissance ne parut pas assez assurée et un certain nombre d'arrêts exigèrent non seulement une saisie générale, mais encore une poursuite d'encan « par la raison qu'il faut quelque chose de plus notoire et de plus public, et que la saisie est un exploit purement particulier » (36). Le raisonnement était logique mais quelques magistrats trouvant que c'était là vraiment trop pousser la *favor dotis* se contentèrent de la saisie et justifiaient leur jurisprudence d'une autre façon : « La saisie générale fixe les hypothèques et le droit des créanciers ; il n'est plus au pouvoir du débiteur privé de la possession de ses biens de les soumettre à une nouvelle hypothèque dont ils ne sont pas susceptibles, au préjudice de créanciers qui existaient lors de la saisie générale » (37).

Mais le mode normal qu'a chacun des créanciers au moment du mariage de faire connaître à la fiancée l'existence de sa créance est de la lui dénoncer par exploit d'huissier. La dénonce est une institution jurisprudentielle (38), hardie et nécessaire.

Il est universellement admis que la dénonce doit être faite avant la célébration du mariage, et non avant la passation du contrat ; dès que le mariage est célébré le créancier est forclos ; Soulatges raconte à ce sujet, avec

(35) Catellan, IV, 34 ; Vedel sur Catellan, *ibid.*

(36) Glaverol sur La Roche, II, v^o dot, § 1 et Vedel, *loc. quo sup.*

(37) Catellan, *loc. quo. sup.*

(38) Vedel sur Catellan, IV, chap. 33 à 36 : « La dénonce étant une institution purement jurisprudentielle, on peut, en se réglant sur son esprit, l'étendre toutes les fois que cela est possible.. ».

humour, que nombreuses sont de son temps les Toulousaines qui, jusqu'au jour de leur mariage, se cachent pour ne pas être vues des sergents et des créanciers.

En effet, la jurisprudence malgré la vigoureuse offensive de la plupart des arrêstistes, a toujours jugé que la citation devait être faite à personne, pour qu'il fût bien sûr que la fiancée n'ignorât pas les créances personnelles du futur époux. Certains arrêts admirent un temps que les significations pouvaient être faites au père de la jeune fille, « car elles sont la propre affaire du père qui marie sa fille plus qu'elle ne se marie, que, comme c'est son soin de doter, c'est son soin de veiller à établir et assurer la dot, à quoi il a un intérêt singulier par l'obligation de redoter au cas que la dot soit mal établie, et qu'ainsi l'acte est mieux adressé à lui-même qu'à une jeune fille occupée d'autres soins, capable même de sacrifier ses intérêts au désir de s'établir et souvent à la tendresse pour l'époux qui se présente ». Mais un arrêt de 1681 vint déclarer brutalement « qu'on ne peut faire perdre un droit et un privilège qui regarde la fille seule par un acte fait à un autre qu'elle » (39).

La dénonce est une mesure individuelle qui n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui en use. Mais cette notion de relativité de la dénonce subit une évolution curieuse qui mérite d'être signalée.

Au cours du XVII^e siècle jusque vers l'année 1662 la dénonce avait des effets absolus : le créancier dénonçant était colloqué pour la totalité de sa créance, puis la femme pour sa dot, puis les autres créanciers. Les motifs de l'arrêt de la première Chambre des Enquêtes du 3 avril 1662, que rapporte Catellan, étaient, en effet, que

(39) Cité par Catellan, IV, 35.

« le créancier qui a dénoncé est préféré à la femme, et elle devait être préférée à ceux qui n'ont pas fait de dénoncé ; il faut, par une suite nécessaire, que ce créancier vigilant et précautionneux soit préféré aux autres suivant la règle *si vinco vincentem te a fortiori vinco te* » (40). Tel était déjà l'avis du rapporteur devant la Grand'Chambre ; mais le Conseiller Maynard-Lestang, compartiteur, fit remarquer qu'une telle décision préjudiciait aux créanciers antérieurs à celui qui avait dénoncé et qui n'aurait eu aucune chance d'être payé si le débiteur était demeuré célibataire. Aussi, à la même époque, la Chambre de l'Edit décide-t-elle que le créancier qui avait dénoncé ne serait colloqué par préférence que jusqu'à concurrence des sommes pour lesquelles il serait venu en rang utile. Mais la solution qui prévalut est un peu différente de celles-là : en cas de pluralité de créanciers dont un seul dénonce, on colloque, dès les dernières années du XVII^e siècle et jusqu'à la fin de l'ancien régime, la femme d'abord pour sa dot, puis les autres créanciers et l'on décide que le dénonçant prendra la place de la femme, mais seulement jusqu'à concurrence des sommes pour lesquelles il serait venu en rang utile. Afin d'éviter l'inconvénient d'être primée par des créanciers antérieurs à elle la femme le désintéressera (41).

Le privilège de la loi *Assiduis* « introduit par extension par nos préjugés sur les biens du beau-père » (42) est à ce titre beaucoup moins rigoureux que le privilège du droit romain ; aussi Vedel pense-t-il, contrairement à l'avis de Catellan 50 ans auparavant, « que la simple déclaration du père consignée dans le contrat de mariage

(40) Catellan, IV, 33.

(41) Cl. Serres, p. 569, 570.

(42) Catellan, IV, 43.

de son fils concernant ses dettes passives doit tenir lieu de dénonce, car celle-ci peut être faite par équivalent et que la femme ne peut pas l'ignorer » (43). Mais la jurisprudence ne semble pas, à son époque, s'être prononcée sur cette question.

Tel est le « privilège extraordinaire qui compète à la femme par le droit écrit et nos usages ». Grâce à la dénonce, à la théorie des équivalents de la dénonce, à l'introduction de la règle *prior tempore* dans le concours avec tous les privilèges tacites, la jurisprudence a parfois essayé d'harmoniser le texte rigide romain avec les nécessités pratiques. Mais, malgré ces réformes partielles, elle s'obstinait d'un autre côté dans certaines décisions qui facilitaient la fraude. Longtemps la doctrine se borna à reproduire les arrêts, mais au XVIII^e siècle, époque de sens critique, de développement de l'esprit combattif et de tendance à l'unification du droit, Claude Serres et Vedel prennent nettement parti contre la jurisprudence toulousaine. Le premier déclare qu'« il y a beaucoup d'inconvénient et très peu de justice à accorder tous ces privilèges aux femmes » (44). Le second analyse longuement ces inconvénients : « Je ne puis m'empêcher de faire ici une remarque sur le privilège singulier accordé aux femmes... Cette loi est une source de procès en ce qu'elle donne lieu aux distributions ruineuses que l'on voit pendantes devant les tribunaux... Elle devient l'occasion de fraudes, non seulement en faisant les reconnaissances feintes ou simulées d'une dot que les maris n'ont pas reçue, mais en ôtant les moyens

(43) Vedel sur Catellan, IV, 36 ; au temps de Catellan, c'est-à-dire une cinquantaine d'années auparavant, le beau-père était soumis au même régime que le mari.

(44) Cl. Serres, *loc. quo sup.*, p. 570.

à leurs créanciers de pouvoir user de la voye de la dénonce à leur épouse par la précipitation avec laquelle ils passent du contrat des fiançailles à la célébration du mariage avec dispense de bans... Ce privilège est inique et déroge à la protection que la loi doit au commerce des contrats » (45).

Néanmoins, tant que le Parlement de Toulouse dura, il conserva la loi *Assiduis* en dépit de tous les arguments invoqués contre elle et ce ne fut que l'article 1572 du Code civil qui décida que « la femme et ses héritiers n'ont point de privilège pour la répétition de la dot sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque ».

(45) Vedel sur Catellan, IV, 33.

CONCLUSION

Si la nature ne connaît pas de révolutions, la vie du droit est, à coup sûr, à son image. Rien ne fait mieux réaliser cette idée que de suivre la marche d'une institution à travers le temps. Il semble parfois difficile de la reconnaître sous ses différents aspects, car l'évolution ne s'est pas toujours faite de la même manière et suivant les mêmes procédés ; par exemple le passage du mort-gage à l'*obligatio* semble surtout procéder d'influences économiques, le passage de l'*obligatio* à l'hypothèque dotale paraît plutôt résulter d'une élaboration intellectuelle qui a fait servir la technique juridique à la protection de la femme, le passage de l'hypothèque dotale au privilège tel qu'il est dans le dernier état du droit toulousain est un fait purement jurisprudentiel.

Les formes qu'à un moment déterminé prennent les rapports sociaux deviennent désuètes, mais ne disparaissent pas entièrement : elles laissent subsister des traces qui se retrouvent dans l'état ultérieur.

C'est cet amalgame complexe de dispositions originales, de règles provoquées par la renaissance et le développement du droit romain, d'Ordonnances royales, de décisions jurisprudentielles, qui constitue le droit écrit.

Montpellier, le 21 décembre 1936.

Vu : le Président de la thèse,
L. GUENOUN.

Montpellier, le 22 décembre 1936.

Vu : le Doyen,
G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 22 décembre 1936,
Le Recteur de l'Académie de Montpellier,
TAILLIART.

BIBLIOGRAPHIE

I

SOURCES MANUSCRITES

Cartulaire de Capdenier

Archives départementales de la Haute-Garonne, fonds du collège Saint-Bernard. Série H. Stein l'indique sous le n° 3883 de sa *Bibliographie générale des Cartulaires français*.

Cartulaire de Malte (Prieuré de Toulouse).

Archives départementales de la Haute-Garonne, Série H, fonds de Malte.

Minutes notariales.

Archives départementales de l'Hérault, Série G, Notaires de la Chambre du Clergé diocésain de Montpellier.

HOLANIE (Jean). Volumes I. 7 juillet 1327-12 novembre 1328.

II. mars-décembre 1333.

III. 7 avril-7 septembre 1336.

BOURDON. (Pierre). Volume I. 9 avril 1372-7 décembre 1373.

Le classement est effectué, à l'intérieur de la Chambre, par ordre alphabétique des notaires et, pour chaque notaire, par ordre chronologique.

Archives départementales de l'Hérault, Série E, dépôt des notaires, Etude Escoffier. Volumes VIII. 27 décembre 1464-14 décembre 1465

X. 27 décembre 1469-23 novembre 1470

Etude Navarre. Volume V. années 1460 à 1503

Le classement est effectué, à l'intérieur du dépôt, par étude.

II

SOURCES IMPRIMÉES

CARTULAIRES

ANIANE (*Cartulaire de l'Abbaye d'*), par l'abbé CASSAN et E. MEYNIAL. Publications de la Société Archéologique de Montpellier, Montpellier, 1900.

BÉZIER (S. *Livre Noir de*) publié par J. ROUQUETTE, Paris, Picard, 1918.

CONQUES EN ROUERGUE (*Cartulaire de l'Abbaye de*) publié par DESJARDIN, Paris, Picard, 1879.

GELLONE (*Cartulaire de l'Abbaye de*) par Paul ALAUS, l'abbé CASSAN et MEYNIAL. Publications de la Société Archéologique de Montpellier, Montpellier, 1898.

LERAN (*Archives du Château de*), Fonds de THÉZAN (Hérault), Montpellier. Publication des Archives Départementales de l'Hérault, 1913.

MONTPELLIER (*Cartulaire des Guilhems de*). *Liber instrumentorum memorialium* publié d'après le manuscrit original par la Société Archéologique de Montpellier, Montpellier, 1884-1886.

TOULOUSE (*Cartulaire de l'Abbaye de Saint-Sernin de*) publié par C. DOUAI, Paris, Picard, 1887.

— (*Cartulaires du Consulat et du Bourg de*) publiés par LIMOUZIN-LAMOTHE, th. Lettres, Toulouse, 1932.

COUTUMES MÉRIDIONALES

- ALÈS. — (*Chartes d'*) Rédactions de 1200 et de 1217 in *Recherches historiques sur la ville d'Alais*. Ouvrage publié sous les auspices de la Municipalité. Alais, J. Martin, 1860.
- AVIGNON. — *Coutumes et règlements de la République d'Avignon au XIII^e siècle*, publiés par A.R. de MAULDE, Paris, Larose, 1879.
- ARLES (*Statuts d'*) in GIRAUD (Ch.) *Essai sur l'histoire du droit français*, Paris, Videcoq, 1846, t. II, p. 185.
- BARCELONE (*Barcinæ civitatis Usatici*) in GIRAUD, *op. cit.*, t. II, p. 465.
- BÉARN (*Fors de*). — *Legislation inédite du XI^e au XIII^e siècle avec traduction en regard, notes et introduction* par A. MAZURE et J. HATOULET, Pau, Vignancour, s.d.
- BORDEAUX (*Coutumes de*) in *Libre des Coutumes*, avec des variantes et des notes par Henri BARKHAUSEN. Publication des Archives Municipales de Bordeaux, t. V.
- FOIX. — *Coutumes municipales de Foix sous Gaston Phoebus*, éditées par F. PASQUIER, Toulouse, Privat, 1891.
- LUNEL (*Coutumes de*) publiées par BONDURAND, extrait des mémoires de l'Académie de Nîmes, Nîmes, 1885.
- MONTPELLIER (*Coutumes de*) Rédaction de 1204, avec les variantes de CARCASSONNE, in GIRAUD, *op. cit.*, t. I, p. 47.
- Rédaction supplémentaire de 1205, *ibid.*, p. 73.
- (*Le Petit Thalamus de*), publié pour la première fois d'après les manuscrits originaux de la Société archéologique de Montpellier, Montpellier, 1840 (versions latine et romane).
- RODEZ (*Coutumes et privilèges de la Cité et du Bourg de*). Bibliothèque méridionale sous les auspices de la Faculté des Lettres de Toulouse, 2^e série, t. IX, Toulouse, Privat, 1910.
- ROUERQUE (*Coutumes et privilèges du*)... Moyrazès... La Bastide... Villeneuve d'Aveyron... etc... Bibliothèque méridionale, 2^e série, t. X.
- SAINT-GILLES (*Coutumes de*), texte latin avec traduction, notes, introduction et tables, publiées par B. BLIGNY-BONDURAND, Paris, Picard, 1915.
- TARASCON (*Coutumes de*) publiées par BONDURAND, Nîmes, Catelan, 1892.
- TOULOUSE (*Coutumes de*) publiées d'après les manuscrits 9187 et 9993, fonds lat. de la B.N. par Ad. TARDIEF, Paris, Picard, 1884.

COMMENTATEURS DES COUTUMES DE TOULOUSE :

- CAZEVIELH. — *Consuetudines Tolosae, cum declarationibus in quibus Consuetudines ipsae a juris communis dispositione discrepare seu differre videantur. Quidque de Jure scripto extiterit introductum. Et quid de Consuetudine cum quibusdam interpretationibus. Et quaestionibus utilibus, eosdem Consuetudines tangentes, tam decisive quam remissive Magistri Joan. de Casaveteri. Tolosae in offic. Auth. Vincenti, apud Lud. Yvernaige. Impressum per Auth. Gorgium, 1544.*
- FRANÇOIS (François). — *Observations des Coutumes de Tholose conférées au droit romain et coutumier de France*, Lyon, B. Ancelin, 1615.

SOULATGES (J.A.). — *Coutumes de la Ville, Gardiage et Viguerie de Toulouse en latin et en français, avec des observations sur les changemens et les interprétations que ces Coutumes ont reçues, etc.* Toulouse, Duplex et Laporte, 1770.

SOURCES DIVERSES

- AUFRÈRI (E.). — *Decisiones Capellae Tholosanae, quae a Joanne Corserio... collectae necnon a Stephano Auffrerio et ejusdem Sedis Officialis utilissimis additionibus ac multis insuper novis decisionibus adauctae sunt.* Lugduni, Sumptibus Viduae de Hardy, 1617.
- AZON. — *Summa Azonis JJ CC principis. Aurea Summa nuperrime castigata : collatione facta : cum aliis vetustiss. Codd. mss una cum summariis et apostillis. Superadditis quibusdam additionibus numquam impressis : per Hieronymum Giganthem Forosempronientem locis suis incertis,* Lugduni, ex Typ. Jacobi Myt., 1533.
- BARTOLE. — *Bartoli opera omnia novissime D. Perti Pauli Parisii illustrata, accurateque castigata,* Lugduni, 1552.
- BEAUMANOIR (Philippe de). — *Coutumes de Beauvoisis*, texte critique avec une introduction et un glossaire, par Am. Salmon, Paris, Picard, 1899-1900.
- BOUTARIC (Fr. de). — *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférés avec le droit français.* Toulouse, Henault, J. Fr. Forest, 1754.
- BOUTILLIER (Jean). — *La somme rural ou le grand Coustumier général de pratique civil et canonique,* Paris, Macé, 1603.
- BREVIARIUM ALARICI. — *Römisches Recht im Fränkischen Reich,* Edition Max Conrat, Leipzig, Hinrichs, 1903.
- CATELLAN (J. et Fr. de). — *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse,* Toulouse, Caranove, 1705.
- CHASSENEUZ (Barthélémy de). — *Commentarii in Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae, multo quam antea emendatiores,* Lugduni, Vincent, 1574.
- COQUILLE (Guy). — *Oeuvres,* Bordeaux, Labottière, 1703.
- CORPUS JURIS CIVILIS JUSTINIANEI cum commentariis Accursii, scholii Contii et Gothofredi lucubrationibus ad Accursum... etc... Lugduni, Cardon et Cavellot, 1627.
- DESBROSSES (Pierre). — *Code des décisions forenses,* Collogny, Sarrazin, 1612.
- DURANT (Guillaume). — *Speculum Juris Joan. Andreae Baldi, reliquorumque praestantiss. J.V. Doctorum illustratum et ab innumeris erroribus repurgatum.* Basileae, ap. Ambrosium et Aulelium, 1574.
- HISTOIRE GÉNÉRALE DE LANGUEDOC par Dom Claude Devic et Dom J. VAISSÈTE, édition enrichie de dissertations et de notes nouvelles, Toulouse, Privat, 1872-1892, t. V, VII, VIII et XI.
- JOURNAL DU PALAIS ou Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, contenant divers arrêts depuis l'année 1690 jusqu'en 1754, Toulouse, J. Fr. Forest, 1758-1760.
- JURISPRUDENCE GÉNÉRALE, Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, Paris, Dalloz, 1870.
- LA ROCHE FLAVIN. — *Arrêts du Parlement de Toulouse, observations de F. GLAVEROL,* Toulouse, Caranove, 1720.

- LOISEL (Ant.). — *Institutes Coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière. Nouvelle édition avec les variantes des éditions antérieures, une table de concordance et des tables analytiques par Michel Reulos, Paris, Sirey, 1935.
- MASUER. — *La Practique*, mise en français par Fontanon, Paris, 1606.
- MÉNARD (L.). — *Histoire civile, ecclésiastique et littéraire de la Ville de Nîmes*, t. I (Preuves), Paris, Chaubert-Hérissant, 1750-1758.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Paris, Garnery et Bavaux, 1812-1825.
- MICHEL (Robert). — *Les ordonnances royales dans la sénéchaussée de Beaucaire au temps de Saint Louis*, Paris, Picard, 1910.
- OLIVE (Simond d'). — *Questions notables du droit décidées par divers arrêts de la Cour de Parlement de Toulouse*, Toulouse, Camusat, 1682.
- ORDONNANCES DES ROIS DE FRANCE DE LA TROISIÈME RACE recueillies par ordre chronologique avec des renvois des unes au autres... etc... par Monsieur de Laurière, avocat au Parlement, continuées par M. Secousse, Paris, 1723 et suiv.
- PETRI EXCEPTIONES LEGUM ROMANARUM, in Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Age*, IV, p. 297 et suiv.
- ROUSSILHE. — *Traité de la dot à l'usage du pays de droit écrit et de celui de Coutumes*, annoté et mis en corrélation avec le Code Napoléon et la Jurisprudence moderne par F. Sacase, Paris, A. Durand, 1856.
- RUFFI (Antoine de). — *Histoire de la ville de Marseille*, Marseille, Claude Gancin, 1642.
- SERRES (Claude). — *Les Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, Cavalier, 1753.
- SOULATGES (J.A.). — *Questions notables... par Simond d'Olive, enrichies de nouvelles Ordonnances, Edits et déclarations du Roy*, par M. Soulatges, Toulouse, Robert, 1784.
- DE DOTE TRACTATUS ex variis Juris Civilis Interpretibus decerpti ... Lugduni, ap. Jacobum Juntium, 1569.
- VEDEL (Gabriel de). — *Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse recueillis par Jean de Catellan*, Toulouse, Caranove, 1733.

III

OUVRAGES DE RÉFÉRENCES

- AIGREFEUILLE (Charles d'). — *Histoire de Montpellier*, nouvelle édition sous la direction de M. de La Pijardière, Montpellier, Coulet, 1876.
- ANDUBERT (Emile). — *Le régime dotal d'après la Coutume et la jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, th. Paris, 1918.
- BLUM (Edg.). — *Les essais de réforme hypothécaire sous l'ancien régime*, th. Paris, 1913.
- BONNECORSE de LUBIÈRES (G. de). — *La condition des gens mariés en Provence*, th. Aix-en-Provence, 1929.
- BOYÉ (A.J.). — *Les destinées de la Novelle 61 chez les Romanistes et les Canonistes du Moyen Age* (R.H.D., 1924).

- BRISSAUD (J.). — *La société d'acquêts entre époux dans les lois wisigothiques*, (Mélanges Couture, 1901).
- *Manuel d'Histoire du droit privé*, nouvelle édition publiée sous la direction de Jacques Brissaud, Paris, de Boccard, 1935.
- BRUTAILS (J.A.). — *La Coutume d'Andorre*, Paris, Leroux, 1904.
- CHARMONT (J.). — *Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier*, Paris, Lahure, s.d.
- CHÉNON (E.). — *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, Tenin, 1926 et suiv.
- CHEVALLIER (Ulysse). — *Répertoire des sources historiques du Moyen Age. Bio-Bibliographie*, Paris, Picard, 1905.
- CONRAT (Max). — *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig, Hinrichs, 1899.
- CORNIL (G.). — *Droit Romain, aperçu sommaire ad usum cupidae legum juventutis*, Bruxelles, Imprimerie médicale et scientifique, 1921.
- CORRAZE (R.). — *Les Lopez, ancêtres maternels de Michel de Montaigne*, Paris, Imprimerie Nationale, 1935.
- COURTOIS (Joseph). — *Les origines de l'hypothèque en Bourgogne et Chartes de l'Abbaye de Saint-Etienne des VIII^e, IX^e, X^e, XI^e siècles*, th. Dijon, 1907.
- DAUVILLIER (Jean). — *Le mariage dans le droit classique de l'église, depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V*, th. Paris, 1933.
- DECLAREUIL (J.). — *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, Ternier, 1925.
- DESSOUDEIX (J.P.). — *Les origines de l'hypothèque dans notre ancien droit et les premières tentatives de publicité*, th. Bordeaux, 1909.
- DOGNON (P.). — *Les institutions politiques et administratives du pays de Languedoc, du XIII^e siècle aux guerres de religion*, th. Lettres, Paris, 1896.
- DU GANGE. — *Glossarium mediae et infimae latinitatis conditum a Carolo Dufresne domino Du Cange, auctum a monachis o.S.B. cum supplementis integris D.P. Carpenterii et additamentis Adelungi et aliorum, digessit G.A.L. Heuschel*, Paris, 1840-1850.
- DUMAS (Auguste). — *La condition des gens mariés dans la famille périgourdine aux XV^e et XVI^e siècles*, th. Paris, 1908.
- DUVAL (André). — *Essai sur les origines et le développement de l'hypothèque légale de la femme en droit coutumier*, th. Paris, 1910.
- ESMEIN (A.). — *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1883.
- *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, 15^e édition par R. Génestal, Paris, Sirey, 1925-1930.
- EYQUEM (A.). — *Le régime dotal, son histoire, son évolution et ses transformations au XIX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat*, Paris, Marchal et Billard, 1903.
- FLACH (J.). — *Etudes critiques sur le droit romain au Moyen Age*, Paris, Larose et Forcel, 1890.
- GINOUILHAC (Ch.). — *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, Paris, Joubert, 1842.
- GIRARD (P.F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition revue et mise à jour par Félix Senn, Paris, Arthur Rousseau, 1929.

- HINOJOSA. — *Historia general del derecho español*, Madrid, Huérfonos, 1887.
- JARRIAND (É.). — *La Novelle 118 en droit romain. — Histoire de la Novelle 118 dans les pays de droit écrit*. Th. Paris, 1888 et 1889.
- JEANROY (A.). — *La poésie lyrique des troubadours*, Toulouse, Privat, 1934.
- LAFFERRIÈRE (F.). — *Histoire du droit français*, Paris, Joubert, 1838.
- LEFEBVRE (Ch.). — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*. T. IV : *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et en Normandie*, Paris, Sirey, 1912.
- LESNE (É.). — *Les diverses acceptions du terme beneficium du VIII^e au XI^e siècle*, R.H.D., 1924.
- MASSÉ (E.). — *La Coutume d'Auvergne, son origine, ses sources, son commentaire*, th. Toulouse, 1913.
- MEYNIAL (E.). — *Les renonciations au Moyen Age et dans notre ancien droit* (N.R.H., 1900-1901-1902-1904).
— *Cours de doctorat d'histoire du droit privé*, 1928-29 ; 1929-30.
- MOLINIER (A.). — *La Coutume de Toulouse et Philippe III*, Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, t. XXXXIII.
- OLIVIER-MARTIN. — *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, Leroux, 1922.
— *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Tenin, 1925.
- PÉGAT (F.). — *La Cour du Petit Scel royal de Montpellier*. Mémoires de la Société archéologique de Montpellier, 1^{re} Série, t. VI, Montpellier, 1877.
- POUSSART (M.). — *Origines et transformations de l'hypothèque dans l'ancien droit français*, th. Paris, 1908.
- RICHARDOT (H.). — *Le fief roturier à Toulouse*, R.H.D., 1935.
- SAVIGNY (F.C. de). — *Histoire du droit romain au Moyen Age*, traduction de l'allemand sur la dernière édition... par Ch. Guenoux, Paris, Hingray, 1839.
- SOUCAILLE (A.). — *Lettres patentes du Roi Henri II contre les rigueurs du Petit Scel établi à Montpellier*, 31 mai 1547. Extrait du *Bulletin du Comité des travaux historiques*, 1887.
- TARDIF (A.). — *Le droit privé au XIII^e siècle, d'après les Coutumes de Toulouse et de Montpellier*, Paris, Picard, 1886.
- THOMAS (L.J.). — *La vie privée de Guillaume de Nogaret*, extrait des *Annales du Midi*, Toulouse, 1904.
- TOURTOULON (P. de). — *Le Velléen chez les Glossateurs*, extrait des *Etudes d'histoire juridique* offertes à P.F. Girard, p. 417-434, Paris, Paul Geuthner, 1912.
- VIOLETT (P.). — *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, 3^e édition, Paris, Larose et Tenin, 1905.
-

TABLE ANALYTIQUE

- | | |
|---|--|
| <p><i>Assignamentum</i>, 49, 56-61, 76, 83, 84, 85, 100, 101, 123-125.</p> <p><i>Assignatio sponsaliti</i>, 41 n. 39, 51, 101-103, 123.</p> <p>Augment, 16 n. 34, 17 n. 37, 51, 108, 110, 111, 112, 113, 116, 117 n. 33.</p> <p>Clause de reconnaissance de dot, 129, 124-125.</p> <p><i>Concessio dotis</i>, 50-53.</p> <p><i>Conversio pecuniae in dotem</i>, 83-85, 123.</p> <p>Coutumes d'Alès, 34 n. 16, 35, 44, 48.</p> <p>Coutumes de Bordeaux, 10, 21 n. 49, 32 n. 10, 114 n. 29.</p> <p>Coutumes de Carcassonne, 30, 34, 35.</p> <p>Coutumes de Montpellier, 9 n. 11, 10, 20, 22 n. 54, 28 n. 2, 30, 32, 33-36, 44-45, 48, 63, 75, 100, 103, 134.</p> <p>Coutumes de Toulouse, 9 n. 11, 10, 13 n. 26, 14, 16 n. 34, 20, 30, 32, 33, 34, 35 n. 20, 47-73, 83, 101, 102, 106, 123, 125, 134.</p> <p>Dénonce, 134-139.</p> <p>Dotalité incluse, 38, 84 n. 21, 124, 125.</p> <p>Droit d'insistance, 121-122.</p> <p>Emploi, 12, 13, 21, 22, 24 n. 55, 38, 64-69, 84 n. 20, 110 n. 20, 121, 124.</p> <p><i>Exceptiones Petri</i>, 7, 9, 18 n. 43, 21, 29, 30.</p> <p><i>Fidejussio</i>, 36, 37, 50, 53-55, 76, 78-83, 109, 120-121.</p> | <p>Fors de Béarn, 9 n. 11, 21 n. 49, 32 n. 10, 57 n. 14, 63 n. 27.</p> <p>Gage, 29, 37, 39-45, 63, 72 n. 40, 76-78, 100, 121-122.</p> <p>Glossateurs, 5, 21, 25, 31, 33, 39, 40 n. 37, 56, 57, 58, 60, 73, 75-98, 105, 106, 112, 120, 127, 128, 131-132.</p> <p><i>Hereditas</i>, 18 n. 41, 23, 24 n. 55, 38, 41, 42.</p> <p>Hypothèque dotale, 27, 29, 30, 36, 44, 75, 84-98, 99, 100, 116, 119, 122 n. 6, 124, 126-129, 132, 134.
Voir également <i>Privilège dotal</i>.</p> <p>Inaliénabilité dotale, 19-22, 24-25, 58, 60, 84, 85, 98, 124.</p> <p>Loi <i>Assidu</i>s, 30, 64, 86, 88, 92-98, 119, 126, 129-139.</p> <p>Obligation générale, 35, 55, 85, 86, 100, 102, 103-104, 108-117.</p> <p>Obligation spéciale, 35, 63, 102, 114.
Voir également <i>concessio dotis</i> et <i>poderagium</i>.</p> <p>Parlement de Bordeaux, 9 n. 11, 121, 122.</p> <p>Parlement de Toulouse, 9 n. 11, 25, 73, 84 n. 21, 92, 97, 98, 119-139.</p> <p><i>Poderagium</i>, 33 n. 14, 62-72.</p> <p>Privilège dotal, 34-35, 49, 61-73, 77, 92-98, 100, 107, 108, 129-139.</p> <p>Senatus-consulte Velléien, 28 n. 2, 36, 44, 72, 97, 108.</p> <p><i>Sponsaliti</i>um, 12, 16-17, 18, 19, 23, 24, 36, 37 n. 24, 41, 42, 52, 58, 102, 103, 104, 107.</p> |
|---|--|

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les tendances matrimoniales dans le Midi de la France avant la renaissance du droit romain</i>	5
CHAPITRE II. — <i>Le droit positif et la protection de la fortune mobilière de la femme</i>	27
CHAPITRE III. — <i>Les garanties de restitution de la dot dans la Coutume de Toulouse</i>	47
CHAPITRE IV. — <i>Les interprètes du droit romain et les garanties de restitution de la dot</i>	75
CHAPITRE V. — <i>Les origines et le développement de l'hypothèque dotale</i>	99
CHAPITRE VI. — <i>Les garanties de restitution de la dot aux XVI^e XVII^e et XVIII^e siècles</i>	119
CONCLUSION	141
BIBLIOGRAPHIE	143
TABLE ANALYTIQUE	149

